Copyright © King Saud University

٢١٦
ح (حاشية على كتاب في الفقه) . كتبت في القرن الثاني عشر الهجـــــري .

ج ٢ في ١ مج (٣١٥ق) ٢٥ س ، ٥ر٢٠×

٣١٧٥ ز ٥ر٥ ١ســـم .

نسخة بها نقص في الأول والآخر والاثناء ، خطها نسخ معتاد ، بها أكل أرضة وآثار رطوبة تشتد في بعض الأوراق .

١- الفقه الاسلامـــي أ- تاريخ النسخ .

Copyright © King Saud University

العلامة
من البحر

لو سكن معه في الدار لا يحنث اجيب بان الاولى
ممنوعة منعها القضاة الاربع ابو هيثم وابو حازم
وابو طاهر الدباس والقاضي العمي فلئن سلم فنقول ان حنث
ولا يساكن فلان بدلالة على المقصد نعقد وقد وقع الثاني
في تصريح النفي والاول في معناه فتنا ولا بعمومهما
غيره من الخروج والسكن فجاز تخصيصهما الدالة و
خلاف الظاهر فلا يدين في القضاء ومن حلف
لا يشرب من دجلة فشرب منها باناء لم يحنث حتى
يكرع منها كرعا ابحتى يضع فاه على دجلة بعينها
ويشرب يقال كرع الرجل في الماء اذا مد عنقه نحوه
ليشرب منه ومنه كره عكرمة الكرع في النهر لانه
فعل البهيمة يدخل فيه اكارعها والكراع مستدق
الساق وهذا عند ابي حنيفة وقالا اذا شرب
باناء حنث ومبناه على ان الحقيقة المستعملة اولى من
المجاز المتعارف عنده وعندهما بالعكس اما كون
المجاز متعارفا فظاهر فان المفهوم من قولهم اهل
فلان يشربون من دجلة انهم يشربون من مائها
واما ان الحقيقة مستعملة فلان الناس يكرعون
من الانهار والاودية وقد قال النبي صلى الله عليه
وسلم لقوم نزل عندهم هل عندكم ماء بات في شن
والا كرعنا فهذا اذا كرع حنث بالاجماع فان
قيل لا نسلم ان الحنث في الكرع باعتبار
كون الحقيقة مستعملة بل باعتبار العمل بعموم
المجاز كما في قوله لا يضع قدمه في دار فلان وحينئذ
يجب ان يحنث بالشرب بالاناء وغيره لان الحكم

٣١٧٥
١٧٥٠/و
٢٩/١٢/١٤٠٠ هـ
Copyright © King Saud University

في عموم المجاز كذلك فالجواب ان المصير الى عموم
المجاز انما يكون بعد تعذر الحقيقة او هجرانهما وقد
دل الدليل على كونه مستعملة فلا مصير اليه وقوله
ولو حلف لا يشرب من ماء دجلة ظاهر قال ومن قال
ان لم اشرب الماء الذي في هذا الكوز ومن قال ان لم اشرب
الماء الذي في هذا الكوز اليوم فامراته طالق وليس
في الكوز ما لم يحنث علم عدم الماء في الكوز او لم يعلم فان
كان فيه ما فاهريق قبل الليل لم يحنث عند محمد و
وقال ابو يوسف حنث في ذلك كله اي فيما كان
فيه ما فاهريق قبل الليل لم يحنث عند محمد وقال ابو
يوسف حنث في ذلك كله اي فيما كان فيه الماء وفيما
لم يكن وما ذكر من الوجه للجانبين فواضح واعترض
على وجهها بان البر متصور في صورة الاراقة و
لان اعادة القطرات المهراقة ممكنة فكان و
متصورا واجيب بان البر انما يجب في هذه
الصورة في اخر جزء من اجزاء اليوم بحيث لا يسع
فيه غيره فلا يمكن العود فيه باعادة الماء في الكوز
في ذلك الزمان وقوله ولو كانت
اليمين مطلقة اي عن ذكر اليوم ففي الوجه الاول
يحنث عندنا اذا لم يكن في الكوز ما لا يحنث عندهما
وعنده في الحال وفي الوجه الثاني وهو ان يكون
فيه ما فاهريق يحنث في قولهم جميعا فابو يوسف
فرق في الوجه الاول وهو الذي لم يكن في الكوز ماء
بين المطلق عن ذكر اليوم وبين الموقت به فقال
في المطلق انه يحنث في الحال وفي الموقت يتوقف

حنثه

حنثه الى اخر اليوم الى غيبوبة الشمس ووجهه
ما ذكر ان التاقيت للتوسعة فلا يجب الفعل الا في
اخر الوقت فلا يحنث قبله وهذا لان اليمين متى
عقدت على فعل لا عند موقته بوقت يتعين
للجزء الاخير كالانعقاد لان الوقت ظرف له فلا يلزم
في حرمته ويتعين اخره في المطلق يجب البر تماما
فرع وقد عجز فيحنث في الحال كذا في بعض الشروح
وقال في النهاية فابو يوسف فرق بين المطلق و
والموقت اي في مسئلة الوجه الثاني وهو ما اذا
كان في الكوز ماء فاهريق قبل الليل حيث قال في المطلق
يحنث حالة وقت الاراقة من غير توقف الى و
الليل وفي الموقت لا يحنث في الحال بل يتوقف حنثه
الى اخر اليوم وهما فرقا بين المطلق والموقت يعني و
في عدم الوجه على ما ذكر في الكتاب واشار بقوله
كما اذا مات الحالف والماء في الاناء الى ان بقاء المحل شرط و
كبقاء الحالف واشار بقوله كما اذا عقده ابتداء في هذه
الحالة الى ان وجود المحل كما هو شرط لانعقاد اليمين
كذلك لبقائها وقوله ومن حلف ليصعدن
السماء على ما ذكره ظاهر واعترض بان تصور البر لو
كان كافيا في حلفه الكفارة لوجبت في الغموس
لان الله تعالى قادر على اعادة الزمان الماضي
وقد فعلها لسليمان صلى الله عليه وسلم واجيب
بان تصور البر في الغموس بان يجعل الفعل الذي لم
يوجد موجودا منه وهو مستحيل وقوله
واذا كان متصورا انعقد اليمين انما كان كذلك لان

Copyright © King Saud University

ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى والجاب الله
يعتمد التصور دون القدرة فمالم يحلف الا يرى
ان الصوم واجب على الشيخ الفاني ولم يكن له قدرة
بمكان التصور والخلف فكذلك ههنا حيث عقيبه
وجوب البر فوجبت الكفارة للعجز الثابت عادة
كما وجبت الفدية هناك عقيب وجوب الصوم

باب اليمين في الكلام لما ذكر بيان
ايمان المسكن والدخول والخروج والاكل والشرب
للمعنى الذي ذكرنا شرع في بيان الفعل الجامع
الذي يستتبع الابواب المتفرقة وهو الكلام اذ اليمين
في العتق والطلاق والبيع والسلم واليمين في الحج
والصلاة والصوم من انواع الكلام فذكر الجنس
مقوم على ذكر النوع ومن حلف لا يكلم فلانا او
فكلمه وهو بحيث يسمع الا انه نائم حنث نقل
صاحب النهاية عن شيخ الاسلام ان التكليم عبارة
عن اسماع كلامه كما في تكليم نفسه فانه عبارة
عن اسماع نفسه الا ان اسماع الغير امر باطن لا يوقف
عليه فاقيم السبب المؤدي اليه مقامه وهو ان
يكون بحيث لو اصغى اليه اذنه ولم يكن به مانع
من السماع لسمع ودار الحكم معه وسقط اعتبار حقيقة
الاسماع وكلامه واضح وقوله لتغافل قلب
اي لغفلته وقوله ومن يوفق روايات المبسوط
بعدما وضع في رواية فناداه وايقظه حنث في
يمينه وهذه الرواية تشير الى اشتراط الاسماع
للحنث وذكر في بعض الروايات فناداه او ايقظه

وهذه

وهذه تدل على انه متى ناداه بحيث لو كان يقظان
يسمع صوته حنث وان لم يوقظه وقال شمس الائمة
السرخسي والاظهر انه لا يحنث واليه اشار بقوله
وعليه مشايخنا والوجه ما ذكر في الكتاب ولو
حلف لا يكلمه الا باذنه فظاهر وقوله
وانه يتم بالاذن كالرضا يعني انه اذا حلف لا يكلم
الا برضاه فرضي المحلوف عليه بالاستثنا ولم يعلم
الحالف فكلمه لا يحنث لما ان الرضى يتم بالراضي فكذلك
الاذن يتم بالاذن قلنا الرضى من اعمال القلب
فيتم بالراضي ولا كذلك الاذن على ما مر انه اما
من الاذان الذي هو الاعلام او من الوقوع في
في الاذن وذلك يقتضي السماع ولم يوجد
واعترض بانه لو كان كذلك لما صار العبد ماذونا
اذا اذن له مولاه وهو لا يعلم لكنه يصير ماذونا
فلم يكن الاذن محتاجا الى الوقوع في الاذن واجيب
بان الاذن هناك الحجر في حق العبد والعبد
يتصرف باهلية نفسه ومالكيته فيثبت له
بمجرد الاذن واما ههنا فلما حرم كلامه في اليمين الا
عند الاذن صار الاذن مثبتا لاباحة الكلام
للحالف فلا بد من الاعلام كذلك وهو مبني على
تخصيص العلة وامره واضح عند الاصولي وان حلف
لا يكلمه شهرا فهو من حين حلف لانه لو لم يذكر
الشهر لتأبد اليمين لان ما يلي اليمين صالح لعليه
البراءة جزء كان من اجزاء الليل والنهار وان كان
كذلك وقد وقع النكرة في سياق النفي كان اليمين

Copyright © King Saud University

مؤبدا فذكر الشهر لاخراج ما وراءه فلا يدل على الحالة
وهي العرف الذي يحنثه في الحال بخلاف اذا قال والله
لا اصوم من الشهر الا انه لو لم يذكر الشهر لم يتابد اليمين و
اما لانه نكره في سياق الاثبات واما لان الصوم
غير صالح للتابيد لتخلل الاوقات التي لا يصلح ان
يكون محلا للصوم فكان ذكره لتقدير الصوم به
لانه منكر فاليه تعيينه وقوله وان
حلف لا يتكلم فقرا القران فاضح وقوله ولو
قال يوم اكلم فلانا ههنا ثلث عبارات نهارا كلم فلانا و
ليلة اكلم فلانا ويوم اكلم فلانا فالاولى لبياض النهار
خاصة فلو كلمه ليلا لم يحنث والثانية لسواد خاصة
فلو كلمه نهارا لم يحنث فما جا استعماله في مطلق
الوقت وما جا استعماله في مطلق الوقت وما جا في
قول الحماسي الشاعر وكنا حسبنا كل سوداء تمرة ليالي
لاقينا الحريم وحمير يراد به الوقت فليس مما نحن فيه
لان كلامنا فيما ذكر بلفظ المفرد وما في الشعر بلفظ
الجمع وذكر احد العددين بعبارة الجمع يقتضي دخول
ما بازائه من العدد الاخر وذلك اصل اخر غير
ما نحن فيه والثالثة يعتبر بما قرن به ان قرن
بفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت قال الله تعالى و
ومن يولهم يومئذ دبره والكلام مما لا يمتد وان قرن
به ما يمتد كالصوم يراد به بياض النهار والبحث فيه
وظيفة اصولية وقد قررناه في التقرير فان قيل
في قوله يوم اكلم النهار خاصة صدق في الجمعة لانه استعمل
فيه ايضا قال الله تعالى اذا نودي للصلاة من يوم

الجمعة

الجمعة والمراد به بياض النهار وقوله لانه
غاية اما في كلمة حتى فظاهر واما الا ان فلما تقدم
من مناسبة معنى الاستثناء معنى الغاية وقوله
مجاز الغاية وقوله وان مات فلانا و
يعني الذي اسند اليه الصوم او الاذن سقط
اليمين لانتفاء تصور البر فان قيل اعادة الحياة
ممكنة فكان الواجب ان لا يبطل اليمين فالجواب
ان اليمين انعقدت على الصوم او الاذن في حياته
القائمة لا المعادة بعد موته وهي غير [illegible]
لا محالة ولهذا قلنا اذا قال لاقتلن فلانا وفلان
ميت ولم يعلم الحالف بموته لا ينعقد اليمين لانها
وقعت على الحياة القائمة قال ومن حلف
لا يكلم عبد فلان اذا وقعت اليمين على فعل يتعلق
بمركب اضافي فاما ان يكون مع الاضافة اشارة
اولا وكل منهما اما ان يكون الاضافة فيه اضافة
ملك او اضافة نسبة فان لم يكن مع الاضافة
اشارة كما اذا حلف لا يكلم عبد فلان ولم ينو عبدا
بعينه او امراة فلان او صديق فلان فالمعتبر
وجود الملك عند وجود المحلوف عليه في اضافة
الملك بالاتفاق وكذا في اضافة النسبة عند
ابي حنيفة وعند محمد يعتبر وجود النسبة وقت
الحلف فعلى هذا اذا باع فلان عبده فكلمه لم يحنث
بالاتفاق وكذا اذا طلق امراته او عادى صديقه
لم يحنث عنده وعند محمد يحنث كذا قاله في الزيادات
وجه قول محمد ان هذه الاضافة للتعريف لان المراة

والصديق قد يهجران لذاتهما مقصودا لا لاجل المضاف
اليه وما كان للتعريف لا يشترط دوامه للاستغنا
عنه بعد التعريف فتتعلق الحكم بعينه اي بعين
كل واحد منهما كما في الاشارة فان قال لا اكلم صديق
فلان هذا او زوجة فلان هذه ووجه ما ذكر
ههنا يعني عدم الحنث وهو قول ابي حنيفة وهو
رواية الجامع الصغير فانه ذكر قول محمد في الزيادات
وقول ابي حنيفة في الجامع الصغير ولم يذكر
لابي يوسف قوله وقال شيخ الاسلام يحتمل
ان يكون قول ابي حنيفة انه يحتمل ان يكون
غرضه هجرانه اي كل واحد من المراة والصديق
لاجل المضاف اليه ولهذا لم يعينه ويحتمل ان يكون
فلا يحنث بعد زوال الاضافة بالشك وان
كان مع الاضافة اشارة بان قال عبد فلان
هذا او امراة فلان هذه او صديق فلان بعينه
لم يحنث في العبد وحنث في المراة والصديق
في قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يحنث
في العبد ايضا وهو قول زفر ووجه قولهما ان الاضافة
للتعريف وتعذر به الاضافة للتعريف وما هو
للتعريف يلغو عند وجود ما هو ابلغ منه فيه و
والاشارة ابلغ منها فيه لكونها قاطعة للشركة
لكونها بمنزلة وضع اليد عليه بخلاف الاضافة
لجواز ان يكون لفلان عبيد فاعتبرت الاشارة و
لغت الاضافة وصار كالصديق والمراة ووجه
قولهما ان الداعي الي اليمين معنى في المضاف اليه وتقريره

لانسلم

الاستدلال به انه قسم والقسمة ثنا في المسألة ووجه
ابي حنيفة على ما ذكره في الكتاب ظاهر وقوله
بما قلنا يريد قوله ولد انه احتبس مالية نصيبه
وقوله الا ان العبد مخير فيستسعيه
قيل عليه اذا سعى فالقياس ان يرجع على المعتق
لانه هو الذي ورطه وصار كالعبد المرهون فانه
يرجع على الراهن بما سعى واجيب بان عسر
المعتق يمنع وجوب الضمان عليه للساكت فكذلك
يمنعه للعبد والعبد انما سعى في بدل رقبته
وماليته وقد سلم له ذلك فلا يرجع به احد بخلاف
المرهون فان سعايته ليست في بدل رقبته
بل في الدين الثابت في ذمة الراهن ومن كان
مجبرا على قضاء دين في ذمة الغير من غير التزام و
من جهته ثبت له حق الرجوع به عليه كما في معير
الرهن فان قيل ما ذكر من وجه ابي حنيفة
فانما هو قياس في مقابلة النص وهو باطل اجيب
بان النبي صلى الله عليه وسلم قسم على وجه الشرط
لانه صلى الله عليه وسلم علق الاستسعا بفقر المعتق
وهو لا ينافي الاستسعا عند عدمه لان المعلق و
بالشرط ينتفي الوجود ولا يقتضي العدم عند العدم
فجاز ان يثبت السعاية عند وجود الدليل وان
كان موسرا وقد وجد ذلك على ما ذكرنا من وجه
ابي حنيفة وقوله ثم المعتبر يسار التيسير
وهو ان يملك من المال قدر قيمة نصيب الاخر
لا يسار الغني وهو ملك النصاب هذا ظاهر الرواية

Copyright © King Saud University

وثم يستثني الكفاف وهو المنزل والخادم وثياب البدن
والحبس وقد روي استثناه ويعتبر قيمة العبد
في الضمان والسعاية يوم العتق وكذا حال المعتق
في يساره واعساره فاذا قال المعتق اعتقت وانا
معسر وقال الساكت بخلافه نظر اليه يوم ظهر العتق
كما في الاجارة اذا اختلفا في انقطاع الماء جريانه
وقوله لا يسار الغني اشارة الى نفي ما ذهب
اليه بعض اصحابنا ان الشرط يسار الغني حتى لو ملك
قدر نصيب الشريك وهو اقل من النصاب كان معسرا
اعتبارا لليسار المعهود وقوله لان يعتبر
اي بيسار التيسير يعتدل من الجانبين جانب
المعتق والساكت فيحقق ما قصده المعتق من
القربة فانتقال بدل حق الساكت اليه واذا ملك
مقدار حقه من المال يمكن من اتمام قصده
وانتقال حق الساكت فلا معنى للعدول الى غيره
وقوله ثم التخريج على قولهما ظاهر يعني
اذا علم ان هذه المسئلة مبنية على حرفين اي
اصلين بقي الكلام في التخريج وهو على قولهما ظاهر لان
الاعتاق اذا لم يكن متجزيا كان المعتق موقعا للعتق
في النصيبين جميعا ويساره مانع عن السعاية فوجب
عليه الضمان فانتفى السعاية ولا يرجع المعتق بما ضمن
على العبد لعدم السعاية عليه في حال اليسار للاصل
الثاني فلو رجع لكان عليه السعاية والولاء للمعتق
لان العتق كله من جهته للاصل الاول واما التخريج
على قوله لاختيار الاعتاق لاستثنيكم بنا على الحرف

الاول لان الاعتاق اذا كان متجزيا كان ملكه في الباقي
قائما فله اعتاقه واما التضمين فلان المعتق جان
عليه افساد نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة
وغير ذلك مما سوى الاعتاق وتوابعه من التدبير
والكتابة ولقائل ان يقول التضمين على مذهبه
لا يعتمد على احد الاصلين اما على الاصل الثاني فظاهر
واما على الاصل الاول فلان التجزي وان لم يكن عين
الضمان فلا يكون موجبا له والجواب ان الحرفين
مبنى المسئلة من حيث المذهبان لا من حيث كل
واحد منهما فالضمان في مذهبهما معتمد على عدم التجزي
لا محالة على انا نقول ان التجزي وان لم يوجب الضمان
من حيث هو لم يوجبه من جهة اخرى وهو افساد
النصيب وكان معتمدا عليه في الجملة وقوله
والاستسعاء معطوف على قوله فالتضمين وقوله
لما بينا اشارة الى قوله ولنا احتبست مالية
نصيبه عند العبد وهو مبني على الاصل الثاني
ويرجع المعتق بما ضمن على العبد لانه قام مقام
الساكت باداء الضمان وقد كان له ذلك اي اخذ
القيمة بالاستسعاء بناء على الاصل الثاني فكذا من قام
مقامه كالمدبر اذا قتل في يد الغاصب وضمن القيمة
كان له ان يرجع بما ضمن على القاتل ولانه ملكه
باداء الضمان ضمنا فصار كان الكل له وقد اعتق بعضه
فله ان يعتق الباقي او يستسعي ان شاء وقوله
ضمنا جواب عما يقال المكاتب لا يحتمل النقل والمستسعي
كالمكاتب فكيف قبل ذلك وتقديره ان ذلك ضمني

والضمنيات لايعتبر وقوله والولا للمعتق اي
الوجه يعني اذا ضمن المعتق وهو ظاهر وقوله
لما بينا اشارة الى قوله احتبست ماليته نصيبه
وقوله ولا يرجع المستسعى على المعتق ظاهر
وقوله مما جواب السؤال وقوله وقال
الشافعي في الموسر بيان لموضع خلاف الشافعي فانه
ذكر في اول الباب مطلقا واحتاج الى تنبيه هاهنا
وقوله ولا راض به اي بالاعتاق لان الرضى
انما يتحقق بعد العلم والمولى متفرد بالاعتاق فلا
يكون العبد عالما به فلا يكون راضيا وقوله
فتقبل ما عباه يعني عتقه ما عتق وقوله فارق
وقلنا الى الاستسعا سبيل اذن الاستسعا لا
لايعتبر في وجوده الى الجناية كما في اعتاق العبد
المرهون اذا كان الراهن معسرا بل يبتنى على
احتباس المالية وهو موجود كما تقدم غير مرة
فاذا كان الى الاستسعا سبيل لا يصار الى الجمع بين
العقوبة الموجبة للمالكية الحاصلة من اعتاق البعض
والصفقة السابقة لها بصحة البيع وامثاله في بعض
واحد قال ولو شهد كل واحد من الشريكين
على صاحبه كلامه واضح الانشاء عليه وقوله
ما اعتق اي بالاعتاق وقوله في زعمه اي في
زعم كل واحد منهما وقوله فيصدق يعني كل
واحد منهما في حق نفسه وقوله لانه مكاتبه
اي تقدير الصدق وقوله او مملوكه يعني
على تقدير الكذب فهو له ونسبه مشروط وانما يتبينا

كف

يجعله الاستسعا على التقديرين لان المولى اذا كان
كاذبا في قوله اعتق شريكي نصيبه يكون الكسب
للمولى والمراد بالاستسعا هو ان يكون الكسب
للمولى واذا كان صادقا في قوله اعتق الشريك
يكون مقرا بان العبد صار مكاتبا باعتبار تجزي
الاعتاق عند ابي حنيفة وكان الاستسعا بمنزلة
احد بدل الكتابة وذلك ايضا جائز وقوله
لان حقه في الحالين اي لان حق المولى في حال
اليسار والاعسار في احد شيئين اي التضمين
او الاستسعا وقوله وقد تعذر التضمين
لانكار الشريك اعترض عليه بانه لم يتعذر التضمين
على تقدير التحليف فانه لما انكر يحلف فاذا نكل
وجب الضمان واجيب بانه لما كان من اعتقاد
كل واحد منهما انه اعتقه صاحبه يحلف وان لم يجب
الضمان على تقدير الحلف فيبقى السعاية فلا
فائدة في التحليف بل يبقى السعاية بلا تحليفه
لان ماله اليه وقوله على ما بيناه يريد به
قوله لانا تيقنا بحق الاستسعا كاذبا كان او
صادقا كذا في النهاية قيل هو اشارة الى قوله
لانه مكاتبه او مملوكه ولو قال احد الشريكين
ان لم يدخل فلان هذه الدار غدا فهو حر وقال
الآخر ان دخل فهو حر فمضى الغد ولا يدرى ادخل
ام لا عتق النصف وسعى لهما في النصف وهذا
عند ابي حنيفة وابي يوسف لكن عند ابي حنيفة
لا فرق بين ان يكونا موسرين او معسرين او كان

Copyright © King Saud University

موسرا والآخر معسرا لأن يسار المعتق عنده لا يمنع
وجوب السعاية على العبد كما لو كان في استحقاقه
النصف الباقي على السوا وعند ابي يوسف ان كانا
معسرين فكذلك وان كانا موسرين فلم يسع لواحد
منهما في شي لان كل واحد منهما يتبرأ عن السعاية
ويدعي الضمان على شريكه لان يسار المعتق يمنع
السعاية وان كان احدهما موسرا والآخر معسرا
سعى في ربع قيمته للموسر منهما لان المعسر يدعي
الضمان على شريكه ويتبرأ من سعاية العبد فليسقط
حصته عنه والموسر يدعي السعاية على العبد
فيسعى في حصته وقال محمد يسعى في جميع بينهما
نصفين ان كانا موسرين لم يسعى لواحد في شي
وان كان احدهما موسرا والآخر معسرا سعى في
نصف قيمته للموسر منهما لان المعسر يتبرأ عن السعاية
والموسر يدعيها فان يسار المعتق عنده ايضا يمنع
وجوب السعاية ووجه قول محمد فيما اذا كانا
معسرين ان المقضي عليه بسقوط حقه في السعاية
وهو الغائب منهما مجهول والمجهول لا يجوز القضا
عليه فصار كما اذا قال لغيره لك علي احد مالف
درهم فانه لا يقضى بشي للجهالة كذا هذا ولهما انا
تيقنا بسقوط نصف السعاية لان احدهما حانث
بيقين ومع التيقن بسقوط النصف كيف يقضى
بوجوب الكل وقوله والجهالة ترتفع
بالشيوع والتوزيع جواب عن قوله المقضي عليه
مجهول فان قيل في التوزيع فساد وهو اسقاط

السعاية

استسعائه عن غير المعتق وايجابه للمعتق أجيب
بان ذلك محتمل ضرورة دفع الضرر عن العبد وذلك
لانا لو لم نقل بالتوزيع وقلنا بوجوب كل السعاية
كما قاله محمد كان فيه ابطال حق العبد من كل وجه
وأما اذا قلنا بالتوزيع فقد كان فيه ابطال حق
العبد على المعتق من وجه فكان التوزيع اولى
وقوله ويأتي التفريع فيه قد امضيناه
في اثنا الكلام وقوله ولو حلفا على عبدين
ظاهر وكذلك قوله واذا اشترى الرجلان الا
ما يذكره وقوله ولا ضمان عليه اي على
الاب وقوله وكذا لو ورثاه يعني بالاتفاق وصورته
امرأة اشترت ابن زوجها فماتت عن اخ وزوج
كان النصف للزوج ويعتق عليه وامرأة لها
زوج واب ولها غلام هو ابو زوجها فماتت المرأة
صار غلامها ميراثا لابي زوجها ابنها وقوله
وقالا في الشراء اشارة الى ما ذكرنا من الاتفاق
في صورة الارث وقوله حلف بعتقه
ان اشترى نصفه انما قيد بالنصف لانه اذا حلف
بعتقه ثم اشتراه شريكه الآخر لا يعتق عليه لان
الشرط ملك العبد ولم يوجد ووجه قولهما على ما ذكره
في الكتاب ظاهر ووجه قوله ما ذكره فيه وتقريره
الشريك الآخر رضي بافساد نصيبه ومن رضي بذلك
لا يضمن المفسد كما اذا اذن له باعتاق نصيبه صريحا
ودلالة ذلك اي الدليل على رضاه بافساد نصيبه
انه شارك فيما هو علة العتق وهو الشرا لان شراؤه

Copyright © King Saud University

9

اي لان الشهور معهودة وهي تدور على اثني عشر وكان العباس
ان يقول لانها تدور عليه ولكن اوله بالمذكور
في الاول وبالافراد في الثاني دون قوله
ومن قال لعبده ان خدمتني ايام كثيرة فانت حر وقيل لو
كانت بالفارسية يعني مثل ان يقول اكر خدمت
كني مرا روزهاي بسيار تو ازادي ان خدم سبعة
ايام ينبغي ان يعتق لان في لساننا يستعمل في جميع
الاعداد لفظة روز فلا يجيء ما قال ابو حنيفة في
العربية من انهما لفظ الجمع الى العشرة فلذلك لو
اريد في العربية اكثر ما يطلق عليه اسم الايام لان بعد
ذلك لا يقال ايام بل يقال احد عشر يوما وما يه يوم
والف يوم وقيل في تعليل المصنف نظر لان لفظ الفرد
بالفارسي اما ان يفهم منه معنى الجمع او لا فان فهم
ينبغي ان يكون العرف والفارسي سواء وان لم يفهم
ينبغي ان لا يكون الاسبوع مرادا ايضا ويمكن
ان يجاب عنه بانه يفهم منه معنى الجمع قوله
ينبغي ان يكون العربي والفارسي سواء قلنا ممنوع
لان لفظ الفارسي وان افاد معنى الجمع لكن لا ينتهي
الى العشرة وتخصيص ايام الاسبوع لكونه المعهود
او لعدم القائل بالفصل

باب اليمين في العتق والطلاق

قدم هذا الباب على غيره لان الحلف بهما اكثر وقوعا وكان معرفة احكامه
اهم من غيره ومن قال لامراته اذا ولدت ولدا
فانت طالق فولدت ولدا ميتا طلقت وكذا لو قال
لامته اذا ولدت ولدا فانت حرة وعلق به الحرية عتقته

القريب اعتاق حتى يخرج به الكفارة عندنا والشارع
في علة العتق رضي بالعتق لا محالة والمراد بالعلة
علة العلة لان الشرا علة التملك والتملك في القريب
علة للعتق والحكم يضاف الى علة العلة اذا لم يصلح
العلة للاضافة اليها وهاهنا كذلك لان التملك
حكم شرعي يثبت بعد مباشرة علته بغير اختياره
بخلاف الارث فانه لا اعتاق هناك وبهذا لا يخرج
به عن الكفارة قوله وهذا ضمان نقل
افساد يجوز ان يكون جوابا عما يقال انما كان
الرضا مسقط الضمان ان لو كان ضمان افساد واما
اذا كان ضمان تملك فلا يسقط به كما لو استولد
احد الشريكين الجارية باذنه فانه لا يسقط
به الضمان لانه ضمان تملك اذ الاستيلاد موضوع
لطلب الولد للعتق فلا يمكن ان يجعل الواجب
به ضمان عتقه وهو غير موضوع له فكان ضمان
تملك ووجه الجواب ان ضمان افساد في ظاهر
قولهما حتى يختلف باليسار والاعسار فيسقط
بالرضا وانما قيد بقوله في ظاهر قولهما لانه روي
عن ابي يوسف ان هذا ضمان تملك فلا يختلف
باليسار والاعسار فلا يسقط بالضمان وقوله
ولا يختلف الجواب بين العالم اي بالقرابة وعدمه
في ظاهر الرواية عن ابي حنيفة لان الحكم الحكم
يدار على السبب اي العلة كما اذا قال لغيره كل هذا
الطعام وهو مملوك للامر ولا يعلم الامر بملكه لو
السبب قد وجد بامره وروى الحسن عن

ابي

لان الشرط ولادة الولد وقد تحققت لان الموجود
مولود حقيقة وعرفا وحكما اما حقيقة فظاهر وكذلك
عرفا لانه في العرف يسمى ولدا واما شرعا فلان
الشرع اعتبره ولدا حتى ينقضي به العدة والدم
بعده نفاس وامه ام ولد واذا تحقق الشرط ثبت
الحكم ولو قال اذا ولدت ولدا فهو حر فولدت ولدا
ميتا ثم اخر حيا عتق الحي وحده عند ابي حنيفة
وقالا لا يعتق واحد منهما لان الشرط قد تحقق
بولادة الميت على ما بينا ان الموجود مولود الى
اخره لكن الميت لما لم يكن محلا للحرية انحلت اليمين
لا الى جزاء كما لو قال لامرأته ان دخلت الدار فانت
طالق فدخلت الدار بعد ما ابانها وانقضت عدتها
ينحل اليمين لا الى جزاء وقوله ولابي حنيفة
ان مطلق اسم الولد يتقيد بوصف الحياة يعني ان لو
الولد وان كان مطلقا في اللفظ لكنه مقيدا بوصف الحياة
دلالة لانه قصد اثبات الحرية له جزاء والميت ليس
بمحل لها فصار كما لو قال اذا ولدت ولدا حيا ولم يوجد
بخلاف جزاء الطلاق وحرية الام لانه اي الجزاء لا يصلح
مقيدا لاستغنائهما عن حياة الولد فلم يكن الشرط
الا ولادة الولد وقد تحققت على ما مر واستشكل
بما لو قال اذا اشتريت عبدا فهو حر فاشترى عبدا
لغيره انحلت اليمين بيمينه حتى لو اشترى بعد ذلك
عبدا لنفسه لم يعتق مع انه جعل اشترى العبد شرطا
لجزائه وعبد الغير ليس محلا للحرية من المشتري
لعدم ملكه واجيب بان الاعتاق انما يكون لو

لتصحيح

لتصحيح الكلام والحاجة الى اضمار الملك لتصحيحه
ليست كالحاجة الى اضمار الحياة لان الحرية بدون
الحياة لا يتصور اصلا وفي ملك الغير يتصور موقوفة
على الاجازة فلا يلزم من وجوب اضمار الحياة
اضمار الملك ولو قال اول عبد اشتريه فهو حر على
ما ذكر في الكتاب اول ظاهر وكذا قوله اول عبد
اشتريه وحده وهي من مسائل الجامع الكبير
واستشكل بما لو قال اول عبد املكه واحدا فهو
حر فاشترى عبدين معا ثم اشترى احدا لا يعتق
الثالث مع ان معنى التفرد فيهما على طريقة واحدة
دفرق بينهما بان واحدا يقتضي نفي المشاركة
في الذات ووحده يقتضيه في الفعل المقرون به
دون الذات ولهذا صدق الرجل في قوله في الدار
رجل واحد وان كان معه فيها صبي او امرأة وكذب
في ذلك اذا قال وحده واذا كان كذلك قلنا اذا
قال واحدا انه اضاف العتق الى اول عبد لا يشاركه
غيره في التملك والثالث بهذه الصفة فعتق وقوله
وان قال اخر عبد اشتريه فهو حر واضح وقوله
ويعتبر من جميع المال يعني اذا كان اشتراه في
الصحة وقوله حتى يعتبر من ثلث المال
يعني على كل حال لان شرط العتق اخرية العبد المشترى
وهي لا تثبت الا بعدم شرى غيره بعده وعدم شرى
غيره يتحقق بالموت فكان الشرط متحققا عنده فيقتصر
عليه ولابي حنيفة ان الموت معرف وتقريره انه لما
اشترى الثاني بعد الاول يثبت صفة الاخرية

Copyright © King Saud University

فيه لكن كانت بعرضية ان تزول بشراء غيره فلا يحكم
بعتقه ما لم يتحقق فاذا مات ولم يشتر غيره عرفنا تقرر
صفة الاخرية عليه فيعتق من ذلك الوقت
كما لو قال لامته اذا حضت فانت حرة فرأت الدم
لا تعتق لجواز ان ينقطع الدم فيما دون ثلاثة ايام
فان استمر بها الدم ثلاثة ايام عتقت من حين
رأت لانه تبين ان ما رأته كان حيضا حين رأت
الدم اليه هذا اشار الامام السرخسي ذكره في النهاية
وفيه تسامح لان ما ذكر في الكتاب من باب
الاستناد وما مثل به من باب التبيين ويجوز ان
يقال الغرض من التمثيل بيان عدم الاقتصار
فالاستناد والتبيين في ذلك سواء قوله
وعلى هذا الخلاف تعليق الطلقات الثلاث به اي
بوصف الآخرية كما اذا قال آخر امرأة اتزوجها
فهي طالق ثلاثا فتزوج امرأة ثم امرأة ثم مات
عندهما يقع الطلاق مقصورا على الموت حتى يستحق
الميراث وعند ابي حنيفة يقع مستندا الى وقت
التزوج فلا تستحقه وفائدة التقييد بالثلاث
جاز ان يكون بيان الطلاق البائن فان به يكون
الزوج فارا وترث المرأة عندهما قال ومن قال
كل عبد بشرني بولادة فلانة البشارة اسم لخبر غاب
عن المخبر علمه وقد يكون بالخير وقد يكون بالشر
الا انه في العرف يستعمل فيما يسر ويتحقق الخبر بحققه
من واحد او اكثر فاذا قال كل عبد بشرني بولادة
فلانة فبشره ثلاثة فان اخبروه معا عتقوا لان

البشارة

البشارة حصلت منهم ويعضده ما روي ان النبي
صلى الله عليه وسلم مر بابن مسعود وهو يقرأ
القرآن فقال من احب ان يقرأ القرآن غضا طريا
كما انزل فليقرأ بقراءة ابن ام عبد فابتدر اليه
ابو بكر وعمر بالبشارة فسبق ابو بكر عمر بها وكان
ابن مسعود اذا ذكر ذلك يقول بشرني ابو بكر
واخبرني عمر وان قال ان اشتريت فلانا فهو حر
فاشتراه ينوي به كفارة يمينه لم يجزه لان الشرط
اي شرط الخروج عن عهدة التكفير قران نية
التكفير بعلة العتق وهي اليمين فيما نحن فيه
ولم يوجد وانما وجد عند الشراء وهو شرط العتق
لا علته فلا يكون مفيدا حتى لو كانت النية مقارنة
لليمين اجزاه عن الكفارة وان اشترى اباه ينوي
به كفارة يمينه اجزاه عندنا خلافا للشافعي
لزفر وهو قول ابي حنيفة اولا ووجه قولهم
ان النية يشترط عند العلة والشراء شرط العتق
لا علته وانما العلة هي القرابة فلا يفيد النية عند
الشراء وهذا اي كون الشراء شرطا لا علة لان الشراء
اثبات الملك وهو ظاهر والاعتاق ليس اثباتا
للملك لانه ازالته فكان بينهما منافاة فلا يكون
الشراء اعتاقا ولنا ان شراء القريب اعتاق بقوله صلى
الله عليه وسلم لن يجزي ولد والده الا ان يجده
مملوكا فيشتريه فيعتقه وجه الاستدلال انه ما ذكر
بقوله فيعتقه نفس الشراء اعتاقا لانه لم يشترط غيره
قوله وصار نظير قوله سقاه فارواه جواب

Copyright © King Saud University

عما يقال عطف على فعل اخر بالفاء كان الثاني باسا بالاول
في كلام العرب يقال ضربه فاوجعه واطعمه فاشبعه
وسقاه فارواه اي يوكل الفعل لا بغيره وفيه
بحث وهو ان شرا القريب هل يثبت الملك
للمشتري القريب اولا فان اثبته لا يزيله لان
المثبت بعينه لا يكون مزيلا وان لم يثبته لا يعتق
عليه لانه لا عتق فيما لا يملكه ابن ادم لا يقال شرا
القريب يثبت الملك للمشتري القريب اولا فان
اثبته لا يزيله لان المثبت بعينه لا يكون مزيلا
وان لم يثبته لا يعتق عليه لانه لا عتق فيما لا يملكه
ابن ادم لانا نقول شرا القريب يثبت الملك لكن ثبوت
الملك في القريب اعتاق لان الاعتاق ازالة
الملك وكون ثبوت الشي ازالة له محال بالبديهة
ولا يقال شرا القريب اعتاق بواسطة موجبه وهو
ثبوت الملك لانه اشد استحالة لانه يلزم ان يكون
مثبتا لشي ونفس ثبوته ازالة له والجواب
ان قولهم ثبوت الملك في القريب اعتاق معناه ان الشرع
اخرج القريب عن محلية الملك بقا كما انه اخرج
الحر عن محليته ابتدا وبقا وهذا لان العتق لا يقع
الا في الملك فلو لم يقل بثبوت الملك ابتدا لم يتصور زواله
ومن قال لامة قد استولدها بالنكاح ان اشتريتك
فانت حرة عن كفارة يميني فانها تعتق لوجود
الشرط ولا يجزيه عن الكفارة لان حريتها مستحقة
بالاستيلاد فلا يضاف الى اليمين من كل وجه
والواجب باليمين ما يستحق حريته بها من كل وجه

ولقائل

ولقائل ان يقول القريب مستحق للعتق بالقرابة
كما ان ام الولد مستحقة له بالاستيلاد فما بالها لم
تعتق اذا اشتراها بنية الكفارة بعد التعليق
كما عتق القريب والجواب ان الاستيلاد
فعل اختياري من جهة المستولد فكانت الحرية
من جهتين جهة الاستيلاد والشرا ثم يقع عن
الكفارة من كل وجه بخلاف القرابة فانها ليست
كذلك فلم تكن جهة القريب حوصة في حريته
سوى الشرا فاذا اشتراه ناويا للكفارة كانت
الحرية عن الكفارة من كل وجه وقوله
بخلاف ما اذا قال لعتقه ظاهر قال ومن قال ان
تسريت جارية فهي حرة معنى تسريت اتخذت
سرية وهي فعيلة منسوبة الى السر وهو الجماع
او الاخفا لان الانسان يسرها وانما ضمت سينه
لان الابنية قد يتغير في النسبة كما قالوا في
النسبة الى الدهر دهري بضم الدال للمعمر والتسري
عبارة عن التحصين والجماع وطلب الولد فلم يطلب
عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا بد من
طلب الولد مع ذلك حتى لو وطئها وعزل عنها
لا يكون تسريا عنده واذا كان كذلك لم يستلزم
ملك الرقبة وانما يستلزم ملك المتعة سوا كان
بالنكاح او بملك الرقبة فاذا قال ان تسريت فهي
حرة فتسرى بجارية كانت في ملكه عتقت لان
اليمين انعقدت في حقها لمصادفتها الملك وكل
ما انعقد في حقه اليمين اذا وجد الشرط فيه

Copyright © King Saud University

يترتب عليه الجزاء وقوله وهذا لان و
الجارية توضيح لانعقاد اليمين في حقها وان اشترى
جارية فتسراها لم تعتق خلافا لزفر فانه
يقول الشري لا يصح الا في الملك فكان ذكره
ذكر الملك وصار كما قال لاجنبية اي طلقتك
فعبدي حر يصير التزوج مذكورا فان قيل
هذا قول بالاقتضا وزفر لا يقول بالاقتضا اجيب
بان اثبات الملك هنا بدلالة اللفظ لا بالاقتضا
والفرق بينهما ان الثابت دلالة ما يكون م
مفهوما من اللفظ بلا تامل واجتهاد كما كان
النهي عن الضرب والشتم وسائر الافعال و
المؤذية مفهوما من النهي على اف فيه ولا
كذلك المقتضي لانه المقتضى لا يفهم من ذكر و
المقتضي ثم اذا فيما نحن فيه عند فلان و
سرية يراد بها جارية مملوكة من غير تامل فلما
كان الملك مفهوما من التسري بلا تامل واجتهاد
كان الملك ثابتا بطريق الدلالة بطريق الاقتضا
هكذا ذكره صاحب النهاية وبقية الشارحين
وفيه نظر لان الثابت بالدلالة هو ما يكون م
بطريق الحاق صورة باخرى بامر جامع كالضرب
الملحق بالتافيف بواسطة الاذى ولهذا ذهب
بعض اصحابنا واصحاب الشافعي ان الدلالة قياس
لوجود اصل وفرع وعلة جامعة بينهما والملك
من التسري ليس كذلك فاقول هذا اللفظ
يستعمل في العرف اي وطئت مملوكة لي فكانت الدلالة

بطريق

الا ان لا يكون المولود ذو رحم محرم سوى الام فيجبر
على حضانته لئلا يفوت حق الولد اذا الاجنبية لا شفقة
لها عليه لم يكن له ام بان ماتت او تزوجت باجنبي فانها
كالمعدومة فام الام وان بعدت لان هذا الولاية
تستفاد من قبل الامهات لما ذكرنا من وفور شفقتهن
ثم كانت تدلي اليه بام فهي اولى ممن تدلي باب
ويستوي في المسلمة والكافرة لان حق الحضانة
باعتبار الشفقة وذلك لا يختلف باختلاف الدين
على ما قيل كل شيء يحب ولده حتى الحبارى فان لم يكن
له ام الام بالتفسير الذي ذكرنا فام الاب اولى من الاخوات
لانها من الامهات وهذه الولاية بالامومة ولهذا
اي ولكون الجدة من الامهات تحرز ميراث الامهات
السدس ولانها اوفر شفقة للولد داعي لاجل الولاد
فان لم يكن جدة فالاخوات اولى من العمات والخالات
لانهن بنات الابوين ولهذا قدمن في الميراث وهذا
رواية كتاب النكاح اعتبارا بقرب القرابة والاخت
اقرب لانها ولد الاب والخالة ولد الجد وقال في
كتاب الطلاق الخالة اولى من الاخت لاب اعتبارا
بالمدلي به فان الخالة تدلي بالام وقد تايد ذلك
بقوله صلى الله عليه وسلم الخالة والدة وقد قيل
في تفسير قوله تعالى ورفع ابويه على العرش انها
كانت خالته وقوله وتقدم الاخت لاب
وام لانها ومن ذات قرابتين فرابتين ترجح
على ذات قرابة واحدة لما فيها من زيادة الشفقة
قال في النهاية ويجوز الترجيح بما لا يكون علة للاستقلال

Copyright © King Saud University

الا يرى ان الاخ لاب وام مقدم في العصوبة على الاخ
لاب بسبب قرابة الام وقرابة الام ليست بسبب
لاستحقاق العصوبة بها كذا في المبسوط والجامع الصغير
لقاضي خان وفيه نظر لان قرابة الام ليست بسبب
لاستحقاق العصوبة بها اصلا بخلاف قرابة الاب
في استحقاق الحضانة فان لها ذلك عند عدم قرابة
الام قال وكل من تزوجت من هولاء سقط حقها
كل من لها حق الحضانة ممن ذكرنا سقط حقها فيها اذا
تزوجت لما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم
انت احق به ما لم تتزوجي ولان حق الحضانة للنظر
للصغير وقد فات عند التزوج لان زوج الام يعطيه
نزرا اي قليلا وينظر اليه شزرا اي نظر المبغض و
فلا نظر اذ ذاك الا الجدة اذا كان زوجها الجد لانه
قام مقام ابيه فينظر له وكذا كل زوج هو ذو رحم و
محرم من الولد كالعم اذا تزوج بام الولد لقيام الشفقة
نظرا الى القرابة القريبة ومن سقط حقها بالتزوج
يعود اذا ارتفعت الزوجية لان المانع قد زال فان
لم يكن للصبي امراة من اهله فاختصم فيه الرجال
فاولاهم به اقربهم تعصيبا لان الولاية للاقرب
وقد عرف الترتيب في موضعه في باب الميراث وولاية
الانكاح فان اجتمع اخوة لاب وام فاصلحهم دينا و
ورعا احق به لان ضمه اليه انفع لانه يتخلق باخلاقه
فان تساووا فاكبرهم سنا احق به لان حقه اسبق
ثبوتا فعند التعارض يترجح به كذا في المبسوط غير
ان الصغيرة لا تدفع الى عصبة غير محرم كمولى العتاقة

وابن

وابن العم عند وجود محرم غير عصبة كالخال بل تدفع
الى الخال تحرزا عن الفتنة كذا روي عن محمد وذكر
الامام التمرتاشي فان لم يكن واحد من العصبة
يدفع الى الاخ لام عند ابي حنيفة ثم الى ذوي
الارحام الاقرب فالاقرب وقال محمد لا حق
لذكور من قبل النساء والتدبير للقاضي يدفع الى
ثقة يحضنه وقوله والام والجدة احق
بالغلام واضح وذكر رواية الجامع الصغير بزيادة
لفظ يستغني وحذف لفظ يستنجي وذكر ان المعنى
واحد وهو ظاهر وقوله اعتبارا للغالب يعني
ان الصبي في الغالب اذا بلغ سبع سنين يستغني
عن الحضانة والتربية ويستنجي وحده وقوله
يحتاج الى معرفة اداب النساء كالغزل والطبخ وغسل
الثياب ونحوها والمراة على ذلك اقدر من الرجل
وبعد البلوغ يحتاج الى التحصين بالتزويج لانه وولاية
التزويج الى الاب والى الحفظ عن وقوع الفتنة والاب
فيه اقوى واهدى لان بالرجال من الغيرة ما ليس
بالنسا فيتمكن الاب من حفظها على وجه لا تتمكن
الام من ذلك وروى هشام عن محمد انها اذا
بلغت حد الشهوة تدفع الى الاب لتحقق الحاجة
الى الصيانة وحد الشهوة ان تبلغ احدى عشرة سنة
في قولهم كذا في النهاية وقال الفقيه ابو الليث حده
الشهوة ان تبلغ تسع سنين وقيل اذا بلغت ست
سنين او سبع او ثمان ان كانت عبلة وقوله
سوى الام والجدة يعني اذا كانت الصغيرة عند الاخوات

Copyright © King Saud University

اوالخالات اوالعمات وانما تترك عندهن الى ان
يبلغ حدا تستغني على رواية القدوري وحتى
يستغني على رواية الجامع الصغير فتاكل وحدها
ويلبسه وحدها لانها وان كانت تحتاج الى تعلم
الى اداب النساء لكن فيه نوع استخدام للصغيرة
وليس للام والجدتين ولاية الاستخدام ولهذا
لا يواجرها للخدمة فلا يحصل المقصود وهو التعليم
بخلاف الام والجدة لاقتدارهما على الاستخدام شرعا
والامة اذا اعتقها مولاها وام الولد اذا اعتقت و
كالحرة في حق الولد لانهما حرتان اوان ثبوت الحق
وليس لهما قبل العتق حق في الولد لعجزهما في الحضانة
بالاستغال بخدمة المولى والذمية احق بولدها
المسلم بان كان زوجها مسلما مالم يعقل الاديان
او يخاف بان وقع على الاستيناف بالعدم تعلما على
انه يعقل ان يالف الكفر لان الدفع اليهما قبل ذلك
انفع للصبي وبعده يحتمل الضرر بانتقاش احوال
الكفر في ذهنه ولا خيار للغلام والجارية بين
بين الابوين وقال الشافعي لهما ذلك اذا بلغ
سن التمييز ويسلم الى من اختاره فان اختار
الاب لا يمنع من الزيارة وان اختار الام فعلى
الاب قراءته وتسليمه الى المكتب والحرفة
لان النبي صلى الله عليه وسلم خير غلاما بين الابوين
روى رافع بن سنان انه اسلم وابت امراته ان
تسلم فاتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت ابنتي وهي
فطيم وقال رافع ابنتي فقال النبي صلى الله عليه وسلم

اقعد

اقعد ناحية وقال لها اقعدي ناحية فاقعد الصبي
بينهما ثم قال ادعواها فمالت الصبية الى امها فقال
النبي صلى الله عليه وسلم اللهم اهدها فمالت الى
ابيها فاخذها ولنا انها لقصور عقله يختار من هو
عنده الدعة اي الخفض والراحة وكلامه واضح
ولكن قوله او يحمل على ما اذا كان بالغا فيه نظر لان
المذكور في القضية الصبية وقالت ابنتي وهو
فطيم فكيف يصح حمله على ما اذا كان بالغا والجواب
ان المعنى قال خير ولم يقل غلاما ولا غيره ليتناول
ما رويناه وما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
خير غلاما بين الابوين من غير ذكر ما يدل على
البعض فاوله المصنف الاول بقوله قلنا قد قال عليه
الى اخره والثاني بقوله او يحمل على ما اذا كان م
بالغا **فصل** لما فرغ من بيان من له
الحضانة بين ما يفعله من الاخراج الى القرى وغيره
في فصل على حدة واذا ارادت المطلقة بعد انقضاء
العدة ان تخرج من المصر فذلك على اربعة اقسام
اما ان تخرج الى وطنها وقد وقع العقد فيه واما ان
تخرج الى ما ليس وطنها ولم يقع العقد فيه واما ان
تخرج الى وطنها ولم يقع العقد فيه واما ان تخرج الى
غير وطنها وقد وقع العقد فيه ففي الاقسام العقلية
فان اتفق امران جميعا بان تخرج الى وطنها وقد
وقع العقد فيه جاز والا فلا كما ذكر في الكتاب وقوله
لانه التزم المقام فيه عرفا وشرعا دليل المستثنى وقوله
ولهذا يصير الحربي به ذميا ذكر اذا كان او اني و

به اي بالتزوج في بلده ذميا قال في النهاية وهذا وقع
غلطا لان المصنف ذكر في السير وذكر ايضا في سير ابو
الكتب اذا تزوج المستامن ذمية لا يصير ذميا لانه
يمكنه ان يطلقها فيرجع واجيب بان الضمير
في به يرجع راجع الى التزام المقام وفيه نظر لانه
يول الى ان يقال انه بالتزوج في بلد التزم المقام والتزام
المقام يصير الحربي ذميا ويلزم منه انه بالتزوج في بلد
يصير الحربي ذميا فعاد المحذور وان لم يجعل متعلقا بر
بذلك ينقطع الكلام عما قبله ولا يبقى له اتصال بمحل
البحث ولا يكتفى بذلك بمثل المصنف وعبر بعضهم بلفظ
الحربي الى الحربية وتجوز ان يقال لا حاجة الى تغيير
اللفظ لجواز ان يكون الحربي صفة لشخص كما قررنا
في احد البحث وح يراد به الحربية ويمكن ذكره بتاويل
الشخص وبهذا يخرج عن كونه غلطا الى كونه نسيانا
ومنهم من جعل من باب القياس والاستحسان تو
فجعل لما ذكرها هنا وجه القياس لان التزوج في بلد
يصلح دليلا على التزام المقام فيه شرعا وعرفا لاسيما
اذا كانت المراة ممنوعة عن الخروج عن تلك البلدة
وما ذكر في السير وجه الاستحسان لان التزوج وان
صلح دليلا على التزام المقام كتزوج الحربية الذمي الا انه
فوت الحرية الموجبة [illegible] للذل والصغار مانع ورد
بان هذا القياس والاستحسان غير منقول عن السلف
فلا يصح بناء الجواب على ذلك واجاب شيخ شيخي و
العلامة عبد العزيز بانه لما وجد معنى القياس والاستحسان
لا وجه الى المنع من اطلاق الاسم عليهما واقول انه

يثبت

يثبت في الحربي يتزوج في بلد المسلمين ان يصير به
ذميا روايتان صح استخراج وجه القياس والاستحسان
والا فلا وقوله في الكتاب يريد به القدوري
ووجه كل مما في القدوري والجامع الصغير ما ذكره
في الكتاب وهو واضح واما في عكس هذه المسئلة
وهي ان تخرج الى وطنها ولم يكن العقد بها فليس
لها ان تنتقل بالاولاد اليها باتفاق الروايات واما
القسم الاخر وهو ما لا يكون وطنها ولا وقع العقد
فيه اقتصر عن ذكره لظهوره من الاقسام الباقية
وقوله والحاصل مما ذكرنا قال صاحب النهاية
بعد وجود هذين الوصفين لابد من وصف آخر هو
شرط فيه ايضا وهو ان لا تنتقل الى دار الحرب وان
كانت وطنها ووقع العقد فيها وفيه نظر لان الحربية
بالتزوج في دار الاسلام تصير ذمية فاني يتصور لها
الانتقال اليها والجواب انه مراده مسلم عقد على
مسلمة في وطنها دار الحرب فخرجا الينا ووقعت الـ
الفرقة فيما بينهما فارادت الخروج الى دار الحرب بولدها
لم يمكن من ذلك وان وجد الامران جميعا والباقي
ظاهر

باب النفقة

لما فرغ
من بيان حق حضانة الولد ومن لها الحضانة احتاج
الى بيان النفقة ومن يجب عليه ثم استطرد بذكر
ما يحتاج اليه من السكنى وغيره فالنفقة اسم بمعنى
الانفاق وهو عبارة عن الادرار على الشيء بما به يقوم
بقاؤه ونفقة الشخص على غيره يجب باسباب منها
الزوجية ومنها النسب ومنها الملك وقدم الباب بنفقة

Copyright © King Saud University

الزوجات لان الزوجة اصل النسب فيقدم عليه
والنسب اقوى من الملك لان النفقة على الولد كالانفاق
على نفسه لكونه جزءا منه وكذا على الوالدين قال
النفقة واجبة للزوجة النفقة واجبة للزوجة
على الزوج مسلمة كانت او كافرة اذا سلمت نفسها
الى منزله قال في النهاية هذا الشرط ليس بلازم في
ظاهر الرواية فانه ذكر في المبسوط وفي ظاهر الرواية
بعد صحة العقد النفقة واجبة لها وان لم تنتقل الى
بيت الزوج الا ترى ان الزوج لو لم يطلب انتقالها
الى بيته كان لها ان تطالبه بالنفقة وقال في نو
الايضاح وهذا لان النفقة حق المراة والانتقال
حق الزوج فاذا لم يطالبها بالنقلة فقد ترك حقه
وهذا لا يوجب بطلان حقها والاصل في ذلك اي
في وجوب النفقة قوله تعالى لينفق ذو سعة
من سعته امر بالانفاق والامر للوجوب
وقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن
بالمعروف اي بالوسط وقال الزجاج في تفسيره
بما يعرفون انه العدل على قدر الامكان وكلمة
على للوجوب وقوله صلى الله عليه وسلم في حجة
الوداع اوصيكم بالنساء خيرا فانهن عندكم عوان
اخذتموهن بامانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة
الله وان لكم عليهن ان لا يوطئن فرشكم احدا وان لا ياذن
في بيوتكم لمن تكرهونه فان فعلن ذلك نو
فاضربوهن ضربا غير مبرح ولهن عليكم نفقتهن وكسوتهن
بالمعروف ولان النفقة جزاء الاحتباس فكل من كان

محبوسا

محبوسا بحق مقصود لغيره كانت نفقته عليه اصله
القاضي والعامل في الصدقات ونوقض بالرهن نو
فانه محبوس بحق مقصود للمرتهن وهو الاستيفاء
ونفقته ليست عليه بل هي على الراهن واجيب
بان الرهن محبوس لحق الراهن ايضا وهو كونه
مضمونا وفيا دينه عند الهلاك فلهذا لم تجب النفقة
على المرتهن وهذه الدلائل بعمومها التي ذكرها
من الكتاب والسنة لا فصل فيها فيستوي فيه
المسلمة والكافرة ويعتبر في ذلك حالهما هذا
لفظ القدوري قال المص وهذا اي اعتبار حالهما
في ذلك اختيار الخصاف وعليه الفتوى وتفسيره
اي تفسير قول الخصاف وهو على اربعة اقسام
قسمة عقلية اما ان يكونا موسرين او معسرين او
او الزوج معسر والزوجة موسرة او بالعكس من
ذلك ففي الاول تجب نفقة اليسار وفي الثاني نفقة
الاعسار وفي الثالث نفقتها دون نفقة الموسرات
وفوق نفقة المعسرات اذا كان الزوج ياكل الحلوى
واللحم المشوي والباجات والمراة كانت تاكل في
في بيتها خبز الشعير لا يؤمر الزوج بان يطعمها
ما ياكل بنفسه ولا ما كانت المراة تاكل في بيتها
ولكن فيما بين ذلك يطعمها خبز البر وباجة او باجتين
ثم لم يذكر المص القسم الرابع لانه يعلم من القسم الثالث
فان الخصاف ذكر في كتابه يفرض لها نفقة بالغة
بعينها وسطا فيقال له تكلف ان يطعمها خبز البر وباجة
او باجتين كيلا يطعمها الخبز ولم يزد على ما فهم من القسم

Copyright © King Saud University

الثالث من توسط الحال وقال وفي ظاهر الرواية
يقول لما زوجت نفسها من معسر فقد رضيت بنفقة
المعسرين فلا يستوجب على الزوج الا بحسب حاله
وقال الكرخي يعتبر حال الزوج وهو قول الشافعي
وهو ظاهر الرواية عن اصحابنا والدليل عليه قوله
تعالى لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه
رزقه فلينفق مما اتاه الله اعتبر حال الزوج لو
في الحالين جميعا وامراة بالاتفاق فلا معتبر الى
غيره وجه الاول يعني قول الخصاف في اعتبار
حالهما قوله صلى الله عليه وسلم لهند امراة ابي سفيان
روى البخاري باسناده الى عايشة ان هند ابنة
عتبة قالت يا رسول الله ان ابا سفيان رجل شحيح
لا يعطيني ما يكفيني وولدي الا ما اخذت منه
وهو لا يعلم فقال صلى الله عليه وسلم خذي
ما يكفيك وولدك بالمعروف فاعتبر حالها ولقايل
هذا الدليل غير مطابق للمدعى لان المدعي هو الاعتبار
بحالهما والحديث يدل على اعتبار حالها على ما صرح
به الشيخ ويمكن ان يجاب عنه بان المحتاج اليه
هو بيان اعتبار حالها واما اعتبار حاله فالاية تو
تدل عليه والخصم يقول به فاذن الاية على اعتبار
حاله والحديث على اعتبار حالهما فوجب الجمع
بينهما بان يكون حاله معتبرا من وجه وحالها
كذلك فان قيل هذا على تقدير التعارض والحديث
لا يعارض الاية لكونه من الاحاد فالجواب ان
الحديث تفسير لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن

وكسوتهن

وكسوتهن بالمعروف فيكون المعارضة بين الايتين
فيجمع بينهما قال المصنف اختيارا منه لقوله لو
الخصاف وهو اي اعتبار حالها هو النفقة فان
النفقة تجب بطريق الكفاية والفقيرة لا تفتقر
الى كفاية الموسرات فلا معنى للزيادة يعني على
كفايتها نظرا الى حال الزوج واجاب عن قوله
تعالى لينفق ذو سعة من سعته بقوله ونحن
نقول بموجب النص بانه مخاطب ان ينفق بقدر
وسعه لئلا يلزم التكليف بما ليس في الوسع لكن
ان اراد كفايتها على ما في وسعه يكون الباقي دينا
في ذمته عملا بالدليلين كما مر ولا يؤديه مع العجز
وقوله ومعنى قوله بالمعروف الوسط اشارة
الى ما قدمناه تفسير قوله تعالى وكسوتهن
بالمعروف الوسط ليكون جوابا عن قول الخصم انه
تعالى قال وعلى المولود له اعتبر الرجل وقال بالمعروف
اشارة الى ان لا يزاد على ما وسعه ان كانت و
حالها تقتضيه ووجه كونه جوابا انه اذا كان
معسرا بالوسط فالوسط هو الذي يكون بين حال
الرجل وحال المراة وهو الواجب وقوله
وبه اي بقوله صلى الله عليه وسلم لهند خذي
من مال زوجك ما يكفيك يبين انه لا معنى للتقدير
كما ذهب اليه الشافعي انه على الموسر مدان وعلى
المعسر مد وعلى المتوسط مد ونصف لان ما وجب
كفاية لا يتقدر في نفسه شرعا لانها مما تختلف فيها
احوال الناس بحسب الشباب والهرم بحسب

Copyright © King Saud University

الاوقات والاماكن ففي التقدير قد يكون اضرارا قال
فان امتنعت من تسليم نفسها اي امتنعت المراة
عن تسليم نفسها قبل الدخول او بعده على قول
ابي حنيفة فاما ان يكون الامتناع بحق مثل ان
يطلب المهر المعجل او لا فان كان الاول فلها النفقة
لان كل واحد من المهر والنفقة حق من حقوقها
فمطالبة احدهما لا يسقط الاخر وان كان الثاني
فهي ناشزة لان الناشزة هي الخارجة من منزل
الزوج المانعة منه نفسها وهذه كذلك وانما
قيل الخارجة من منزل الزوج لانها اذا كانت
ساكنة معه فالظاهر ان الزوج يقدر على
تحصيل المقصود منها طوعا او كرها فلا تبطل
النفقة فان كان المنزل ملكا لها وهو يسكن
معها فيه فمنعته من الدخول عليها فهو بمنزلة
الخروج من بيته واذا كانت ناشزة فلا نفقة
لها حتى تعود الى منزله لان فوت الاحتباس
منها واذا عادت جاء الاحتباس فتجب النفقة
فان قيل الدلائل الدالة على وجوب النفقة
لا تفصل بين الناشزة وغيرها فما وجه حرمانها
عنها فالجواب انا لا نسلم انها لم تفصل لانه تعالى
قال وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن وذلك
قد يشير الى تسليم النفس لان الولادة بدونه
لا تتصور وقوله بخلاف ما اذا امتنعت
متصل بقوله لان فوت الاحتباس منها وقوله
وان كانت صغيرة لا يستمتع بها اي لا توطأ فلا نفقة

لها

لها سواء كانت في منزل الزوج او لم تكن حتى تصير
الى الحالة التي تطيق الجماع لان امتناع الاستمتاع
انما هو لمعنى فيها والاحتباس الموجب للنفقة
هو ما يكون وسيلة الى المقصود المستحق بالنكاح
وهو الجماع او دواعيه ولم يوجد لان الصغيرة التي
لا تصلح للجماع لا تصلح لدواعيه لانها غير مشتهاة
واستشكل بالرتقاء والقرناء ونحوهما فان المقصود المستحق
بالنكاح فائت وهن النفقة واجبة بان الدواعي
غير فائتة بان يجامعهن تفخيذا او غيره بخلاف
الصغيرة لما ذكرنا حتى قالوا ان كانت الصغيرة مشتهاة
ويمكن جماعها فيما دون الفرج تجب النفقة وقال
الشافعي لها النفقة لانها عوض عن الملك عنده
كما في المملوكة بملك اليمين وهذا لان وجوبها بسبب
الحاجة والصغيرة والكبيرة فيها سواء كالمملوكة ولنا
ان المهر عوض عن الملك لان العوض هو ما يدخل
تحت العقد بالتسمية والداخل تحته هو المهر دون
النفقة واذا كان المهر عوضا لا تكون النفقة عوضا
لئلا يجتمع عوضان عن عوض واحد فلها المهر
دون النفقة وقوله وان
كان الزوج صغيرا بيان ذكر العجز عن جانبه وهو
ظاهر ولم يذكر حكم العجز عن الطرفين بان كانا صغيرين
لا يطيقان الجماع فلو اعتبر جانب الصغر وجبت النفقة
كما في الكبيرة ولو اعتبر جانب الصغيرة لم تجب كما لو كانت
صغيرة والزوج كبير قال في الذخيرة لا نفقة
لها لان المنع لمعنى جاء من جهتها واكثر ما في الباب

Copyright © King Saud University

ان يجعل المنع من قبله كالمعدوم والمنع من قبلها
قائم ومع قيام المنع من قبلها لا تستحق النفقة
وفيه نظر لان الوكيل تقبل القبض وقوله
واذا حبست ظلما فقوله والسوي على
الاول يعني على ظاهر الرواية وهو ان لا نفقة
للمغصوبة فيما مضى وقوله لان فوت الاحتباس
ليس منه ليجعل باقيا تقديرا بيانه ان النفقة
عوض عن الاحتباس في بيته فاذا كان الفوات
لمعنى من جهته فلا يمكن ان يجعل ذلك الاحتباس
باقيا تقديرا وبدونه لا تجب النفقة وقوله
وكذا اذا حجت مع محرم يعني بدون الزوج لا تجب
النفقة لان فوت الاحتباس منها وعن ابي يوسف
ان لها النفقة لان اقامة الفرض عذر وكلامه
واضح وقوله لما قلنا اشارة الى قوله
لانها هي المستحقة عليه وقوله فان مرضت
في منزل الزوج على ما ذكره في الكتاب ظاهر وهو
الموعود بقوله قبل هذا بخلاف المريضة على ما نبين
وقوله وفي لفظ الكتاب يعني القدوري
ما يشير اليه وهو قوله فان مرضت في منزل الزوج
فانه يشير الى انها سلمت نفسها الى منزل الزوج
ثم مرضت فيه قال ويفرض على الزوج النفقة لما
كان قوله وتفرض على الزوج النفقة اذا كان موسرا
مكررا اعتذر بقوله فالمراد بهذا بيان نفقة الخادم
وذكر وجه وجوبها وهو ظاهر واختلفوا في الخادم
الذي يستحق النفقة على الزوج فمنهم من قال

المملوك

المملوك لها حتى لو كانت حرة او لم تكن مملوكة لها
لا تستحق النفقة وهو ظاهر الرواية لان استحقاقها
نفقة الخادم انما هو باعتبار ملك الخادم فاذا
لم يكن لها خادم لا يستوجبه كالقاضي اذا لم يكن له
خادم لا يستحق كفاية الخادم في بيت المال ومنهم
من قال كل من يخدمها حرة كانت او مملوكة لها او
لغيرها يستحق وقوله ولا يفرض لاكثر من خادم
واحد ظاهر وقوله وقالوا يعني
المشايخ ان الزوج الموسر يلزمه نفقة الخادم
واليسار هنا مقدر بنصاب حرمان الصدقة
لا بنصاب وجوب الزكاة وقوله وهو
ادنى الكفاية يعني ينقص نفقة الخادم عن نفقتها
لكن في حق الادام دون الخبز واعلى الادام اللحم
واوسطه الزيت وادناه الملح او اللبن وقوله
خلافا لما قاله محمد يعني ما قال محمد ان الزوج
اذا كان معسرا وكان لها خادم يجب عليه نفقته
لانه اذا كان لها خادم فهذه المراة لم تكتف بخدمة
نفسها فيجب عليه النفقة كما لو كان موسرا وقوله
لان الواجب على المعسر ادنى الكفاية دليل الاصح
ومن اعسر بنفقة امراته لم يفرق بينهما ويقال
لها استديني عليه اي اشتري الطعام نسيئة على
ان يقضي الثمن من مال الزوج وقال الشافعي
يفرق لانه عجز عن الامساك بالمعروف فينوب منابه
التسريح باحسان فان ابى ناب القاضي منابه كما في
الجب والعنة بل اولى لان الحاجة الى النفقة اقوى

من الجماع لان انقطاع الاول مرة تمليك دون الثاني
وهذا التفريق عنده فسخ لا طلاق ولنا ان حقه
بالتفريق يبطل اذ لا نصل اليه الا بسبب جديد
وحقها يتاخر لان النفقة تصير دينا بفرض القاضي
فيستوفي في الزمان الثاني والاول اقوى فيتحمل
ادنى الضررين لدفع الاعلى وقوله وفوت المال
وهو تابع جواب عن القياس على الجب والعنة
وتقريره ان هذا قياس مع الفارق وهو باطل
وذلك لان العجز عن النفقة انما تكون عن المال
وهو تابع في باب النكاح والعجز عن الوصول الى
المراة بسبب الجب والعنة انما تكون عن المقصود
بالنكاح وهو التوالد والتناسل ولا يلزم من
جواز الفرقة بالعجز عن المقصود جوازها عن
التابع فان قيل لا فايدة في الاذن لها
بالاستدانة لانه يفيد فرض القاضي النفقة لا تمام
صارت دينا بفرضه اجاب بان فايدة
الامر بالاستدانة مع الفرض ان يمكنها احالة
الغريم على الزوج يعني من غير رضا الزوج
واما اذا كانت الاستدانة بغير امر القاضي فكانت
المطالبة عليها دون الزوج واعلم ان العجز عن
النفقة انما يظهر عند حضور الزوج واما اذا
كان غايبا غيبة منقطعة ولم يخلف نفقتها ورفعت
الامر الى الحاكم الشافعي ففرق بينهما قال مشايخ
سمرقند جاز تفريقه لانه قضا في فصل مجتهد فيه
في التفريق بالعجز عن النفقة وفي القضا على

الغايب

الغايب وقال صاحب الذخيرة الصحيح انه لا ينفذ
قضاوه لان العجز لا يعرف حال الغيبة لجواز ان يكون
قادرا فيكون هذا ترك الانفاق لا العجز عنه فان رفع
هذا القضا الى قاض فامضاه فالصحيح انه لا ينفذ
لان هذا القضا ليس في فصل مجتهد فيه اذ العجز لم
يثبت واذا قضى القاضي لها بنفقة الاعسار ثم
ايسر فخاصمته تمم لها نفقة الموسر لان النفقة تختلف
بحسب اليسار والاعسار وقوله وما
قضى به جواب عما يقال ينبغي ان لا يتم لها نفقة
اليسار لان فيه نقض القضا الاول وتقريره
ما قضى به تقدير لنفقة لم تجب لان النفقة تجب
شيا فشيا وتقدير ما ليس بواجب لا يكون لازما
لجواز تبدل السبب الموجب قبل وجوبه واذا لم
يكن لازما لم يستحكم فيه حكم الحاكم فاذا تبدل حاله
جاز لها المطالبة بتمام حقها فكان هذا بمنزلة
ابتدا فرض نفقة الاعسار على الموسر لان ما لا يكون
لازما فله حكم الابتدا على ما عرف وذلك
لا يعود فلا بد من التغيير ولذلك حكم عكس هذه
المسئلة وقوله واذا مضت مدة ظاهر
وقوله على ما مر من قبل يريد قوله
لان المهر عوض عن الملك ولا يجتمع العوضان عن
معوض واحد فان قيل ما تقدم يدل على انها ليست
بعوض عن البضع كي لا يبقى ان يكون عوضا عن
الاستمتاع بها والقيام عليها فهو في ملكه وذلك
لا يوجب على المالك عوضا فان قيل قلت

Copyright © King Saud University

ينافيه لانه لما صح العقد كان الاستمتاع بها والقيام
عليها تصرفا في ملكه وذلك لا يوجب على المالك
عوضا فان قيل لو كانت صلة لما وجبت على
المكاتب اجيب بانها صلة من وجه وما هذا
شانه يجب على المكاتب كالخراج فاذا ثبت انها
صلة لا يستحكم الوجوب فيها الا بالقضا كالهبة
لا يوجب الملك الا بموكد وهو القبض والصلح في
هذا بمنزلة القضا لان ولايته على نفسه اقوى
من ولاية القاضي وقوله بخلاف المهر
متصل بقوله وليست بعوض وان مات الزوج
بعد ما قضي عليه بالنفقة وما كان امرها بالاستدانة
عليه ومضت شهور سقطت النفقة وكذلك اذا
ماتت الزوجة لان النفقة صلة والصلات
تسقط بالموت كالهبة تبطل بالموت قبل القبض
وانما قيدنا بقوله وما كان امرها بالاستدانة
لانه اذا امرها بذلك لم يسقط بموت احدهما
لان القاضي لما امرها بذلك كان استدانتها
استدانة الزوج لعموم ولايته عليهما ولو استدان
بنفسه لم يبطل بالموت فكذا اذا استدانت بحكم
القاضي فان قيل القياس على الهبة قبل القبض
غير موكد والنفقة بعد القضا موكدة ولا يلزم من
جواز سقوط ما ليس بموكد جواز سقوط الموكد اجيب
بان معنى الصلة فيها بعد القضا بالموت كان قبله لان
المعنى من الصلة ان يجب المال بمقابلة ما ليس بمال
وهذه كذلك فقلنا بسقوطه بعد القضا بالموت قال

في

في الايضاح انها وان صارت دينا عليه ولكن معنى
الصلة لم يبطل عنه والصلات تبطل بالموت قبل
القبض وقوله وقال الشافعي ظاهر وقوله
وجوابه قد بيناه اشارة الى ما تقدم من قوله
ولنا ان المهر عوض عن الملك ولا يجتمع العوضان
عن معوض واحد فلا يكون النفقة عوضا عن
البضع قال وان اسلفها نفقة السنة يعني
اذا عجل لها نفقة السنة ثم مات او ماتت قبل مضي
ما بقي للزوج وان كان قايما وقيمته ان كان
مستهلكا وهو قول الشافعي ووجه كل من الجانبين
ما ذكره في الكتاب وهو واضح وقوله لانه
يستحقها في حكم الحال يعني اذا اخذت النفقة الواجبة
في الحال لا يسترد بالموت فكذا لا يسترد ما اذا عجل لها
نفقة الشهر وقوله واذا تزوج العبد
حرة ظاهر قال شمس الائمة السرخسي فان بيع
ثم اجتمع عليه النفقة مرة اخرى بيع ثانيا وليس
في شي من ديون العبد ما يباع فيه مرة بعد اخرى
الا النفقة وهذا لان النفقة يتجدد وجوبها
بمضي الزمان فذاك في حكم دين حادث ولا كذلك
سائر الديون فلو مات العبد سقطت النفقة لا يواخذ
المولى بشي لفوات محل الاستيفا وكذا اذا قتل وقوله
في الصحيح احتراز عن قول الكرخي انها تكون في قيمته
قال الشيخ ابو الحسن القدوري في الصحيح ان يسقط
لانها صلة والصلات تبطل بالموت قبل القبض والقيمة
انما تقوم مقام الرقبة في دين لم يسقط بالموت لا في

Copyright © King Saud University

دين يسقط به ولم يذكر المدبر والمكاتب اذا تزوجا
باذن المولي فالنفقة فيهما متعلقة بالكسب وقوله
وان تزوج الحرامة فبواها طاهر وقوله
فلا نفقة لها بعدم الاحتباس قبل تمكنه الاحتباس
من المولي لحق له شرعا فكان كاحتباس الحرة لاجل
صداقها فينبغي ان لا يسقط فاجيب بان
الحرة اذا حبست نفسها لصداقها فالتفويت انما
جاء من قبل الزوج حين امتنع من ايفاء ما لزمه
فاما ههنا فالتفويت ليس من قبل الزوج
وقوله والتبوئة غير لازمة جواب سوال
تقديره لما بواها مرة يجب عليه ان يمضي على
ذلك ولا ينقضها بالاستخدام فيتقرر الجواب التبوئة
غير لازمة على ما مر في النكاح اي في باب نكاح الرقيق
حيث قال اذا بواها ثم بدا له ان يستخدمها كان له
ذلك لان حق المولي لم يزل بالتبوئة كما لم يزل بالنكاح
وقوله ولو خدمته الجارية احيانا من غير
ان يستخدمها ظاهر وام الولد في هذا اي في عدم
وجوب النفقة والمدبرة كالامة ولم يذكر المكاتبة
لانها اذا تزوجت باذن المولي فهي كالحرة فلا تحتاج
الي التبوئة لاستحقاق النفقة لان منافعها على
حكم واحد ملكها الغير وتختص بنفسها وبمنافعها
بعقد الكتابة ولهذا لم يبق للمولي ولاية الاستخدام
فكانت كالحرة فصل لما فرغ من بيان
النفقة شرع في بيان السكنى قال وعلى الزوج ان
يسكنها في دار مفردة ليس فيها احد من اهله الا ان

يختار

لم يكن عليه زكاة التجارة عندنا وعند محمد ان عليه
زكاة التجارة مع العشر او الخراج وهو قول الشافعي
ومعنى عمما توهم اختلاف المحلين ان محل العشر الخارج
ومحل الزكاة على مال التجارة وهو الارض فلم يجتمعا
في محل واحد فوجوب احدهما لا يمنع وجوب
الاخر كالدين مع العشر ولنا ان المحل واحد لان كلا
منهما مونة الارض النامية وكذلك الزكاة وظيفة
المال وكل منهما يجب حقا لله تعالى فلا يجب بسبب
ملك مال واحد حقان لله كما لا يجب زكاة السائمة
وزكاة التجارة باعتبار مال واحد حقان لله كما
لا يجب زكاة السائمة وزكاة التجارة باعتبار
مال واحد واذا ثبت انه لا وجه للجمع بينهما قلنا
العشر والخراج معا نا وظيفتين لازمتين لهذه
الارض فلا يسقطان باسقاط المالك وهي اسبق
ثبوتا من زكاة التجارة التي كان وجوبها موسه
فلهذا ابقيت عشرية وخراجية كما كانت
وقوله وكل واحد منهما يجب حقا لله خرج
الجواب عن وجوب الدين مع العشر فان الدين
يجب للعبد والعشر لله فلا تنافي بينهما فيجبان
وان كانا بسبب ملك واحد والباقي ظاهر
باب الجزية لما فرغ من ذكر
خراج الارض ذكر في هذا الباب خراج الروس
وهو الجزية الا انه قدم الاول لان العشر يشاركه
في سببه وفي العشر معنى القربة وبيان القربة
مقدم والجزية اسم لما يوخذ من اهل الذمة والجمع

Copyright © King Saud University

جزي كالمحية واللحي وانما سميت بها لانها تجزي عن الذمي
اي تقضي وتكفي عن القتل فانه اذا اداها سقط عنه
القتل قال الله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله
الى قوله حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون فو
ان قيل الكفر معصية وهو اعظم الكبائر
فكيف يصح اخذ البدل على تقريره اجيب
بان الجزية لم تكن بدلا عن تقريره على الكفر وانما هو
عوض عن ترك القتل والاسترقاق الواجبين فجاز
كاسقاط القصاص بعوض او هي عقوبة على الكفر كالاسترقاق
وقوله وهي على ضربين ظاهر وقوله وتنقسم
على ضربين ظاهر وخراب بلاد واهلها نعما بعد
والحلة ازار ورداء هو المختار ولا يسمى حلة حتى يكون
ثوبين وقوله ولان الموجب هو التراضي
لا الموجب لوجوب الجزية فان موجبه في الاصل اختيارهم
البقاء على الكفر بعد ان غلبوا وقوله فيوضع على
الغني قال الامام فخر الاسلام من ملك مائتي درهم
فما عدا الى عشرة الالف درهم وهو معتمل اتفاقا فعليه
اربعة وعشرون درهما ومن ملك عشرة الالف
درهم فما عدا الى ما لا نهاية له وهو معتمل اتفاقا فعليه
ثمانية واربعون ثم قال وانما شرط المعتمل لان الجزية
عقوبة فانما تجب على من كان من اهل القتال لا تلزم
الزمن منهم حرفة وان كان مفرطا في اليسار قال
والمعتمل هو الذي يقدر على العمل وان لم يحسن حرفة
وكان الفقيه ابو جعفر يقول ينظر الى عادة كل بلد
لان عادة البلدان مختلفة في الغنى الا يرى ان

صاحب

صاحب خمسين الفا ببلخ يعد من المكثرين وان كان
ببغداد وبالبصرة لا يعد من المكثرين وفي بعض البلدان
صاحب عشرة الالف يعد من المكثرين فيعتبر عادة
كل بلد وذكر هذا القول عن ابي نصر محمد بن سلام
وقوله صلى الله عليه وسلم من كل حالم و
حالمة معناه بالغ وبالغة او عدله معافريا او
مثل دينار من هذا الجنس يقال ثوب معافري
منسوب الى معافر بن مر ثم صار له اسما بغير نسبة
وذكر في الفوائد الظهيرية معافر حي من همدان
ينسب اليه هذا النوع من الثياب وعدل الشيء
بغير نسبة وذكر في الفوائد الظهيرية معافر حي من
همدان ينسب اليه هذا النوع من الثياب وعدل
الشيء بفتح العين مثله اذا كان من خلاف جنسه
وبالكسر مثله من جنسه ولانه وجب نصرة للمقاتلة
وكلما وجب مستفادا بالقتال كما في الخراج الاوص وقوله
وهذا اشارة الى قوله ولانه وجب نصرة للمقاتلة
يعني وانما قلنا ان الجزية وجبت نصرة للمقاتلة
لانها تجب عليه النصرة للدار بالنفس والمال قال
الله تعالى يا ايها الذين امنوا هل ادلكم على تجارة تنجيكم
من عذاب اليم تؤمنون بالله ورسوله وتجاهدون
في سبيل الله باموالكم وانفسكم ذلكم خير لكم ان كنتم
تعلمون لكن الكافر لما لم يصلح لنصرتنا لميله الى دار
الحرب اعتقادا اقام الخراج الماخوذ منه المصروف
الى الغزاة مقام النصرة بالنفس ثم النصرة من المسلم
تتفاوت اذ الفقير ينصر راجلا والمتوسط الحال

Copyright © King Saud University

بنصرها راكبا وراجلا والموسر بالركوب بنفسه واركابه
غيره ثم الاصل لما كان منتفيا وتفاوت الخراج الذي
قام مقامه فان قيل النصرة طاعة الله تعالى
وهذه عقوبة فكيف تكون العقوبة خلفا عن الطاعة
اجيب بان الخليفة عن النصرة في حق المسلمين
لما فيه من زيادة القوة للمسلمين وهم يثابون على
تلك الزيادة الحاصلة بسبب اموالهم بمنزلة ما لو
اعانوا او اعانهم للمسلمين وما رواه محمول على انه
كان صلحا والدليل على ذلك انه امر بالاخذ من
النسا والجزية لا تجب على النسا قال وتوضع
الجزية على اهل الحرب وتوضع الجزية على اهل
الكتاب سوا كان من العرب او العجم لقوله تعالى من
الذين اوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية وعلى المجوس
لان رسول الله صلى الله عليه وسلم وضع الجزية
على المجوس روى البخاري عن عمر لم يكن ياخذ
الجزية وعلى المجوسي لان رسول الله صلى الله عليه وسلم
وضع الجزية على المجوسي روى البخاري عن عمر
لم يكن ياخذ الجزية من المجوس حتى شهد عبد الرحمن
ابن عوف ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
اخذها من مجوس هجر وهجر اسم بلد في البحرين
وعبدة الاوثان من العجم وهو باطلاقه يعطف على
اهل الكتاب وقيد بقوله من العجم احترازا عن عبدة
الاوثان من العرب فانه لا توضع عليهم الجزية
على ما ذكر في الكتاب وفيه خلاف الشافعي
وكلامه ظاهر ولنا انه يجوز استرقاقهم وكل

من

من يجوز استرقاقهم يجوز ضرب الجزية عليهم
لان كل واحد منهما يشتمل على سلب النفس منهم
اما الاسترقاق فظاهر لان نفع الرقيق يعود الينا
جملة واما الجزية فلان الكافر يؤديها من كسبه
والحال ان نفقته من كسبه الذي فكان اداء كسبه
الذي هو سبب حياته الى المسلمين دارة رابية
في معنى اخذ النفس منه حكما ونوقض بان من
جاز استرقاقه لو جاز ضرب الجزية عليه لجاز
ضربها على النسا والصبيان والذراري باطل واجيب
بان ذلك لمعنى اخر وهو ان الجزية بدل النصرة
ولا نصرة على المراة والصبي فكذا بدله وهذا
ليس بدافع بل هو معين للنقض والصواب ان يقول
المحل مشروط قابل للاثر فكان معنى قوله وكل
من يجوز استرقاقهم يجوز ضرب الجزية عليهم
اذا كان المحل قابلا والمراة والصبي ليسا كذلك
لان الجزية انما تكون من الكسب وهما عاجزان
عنه وقوله وان ظهر عليهم اي على
اهل الكتاب والمجوس وعبدة الاوثان من العجم
قبل ذلك اي قبل وضع الجزية عليهم فهم ونساؤهم
وصبيانهم فيء اي غنيمة للمسلمين لجواز استرقاقهم
ولا توضع على عبدة الاوثان من العرب ولا المرتدين
لان كفرهما قد تغلظ على ما ذكر في الكتاب وكل من
تغلظ كفره لا يقبل منه الا السيف او الاسلام لزيادة
في العقوبة عليه ولقائل ان يقول هذا منقوض من
باهل الكتاب فانه يغلظ كفرهم لانهم عرفوا النبي صلى

Copyright © King Saud University

الله عليه وسلم معروفة تامة عبدة مستحقة ومع ذلك
انكروه وغيروا اسمه ونعتنه من الكسب وقد قيل
منهم الجزية وانما الفصل بينهم وبين عبدة الاوثان
من العرب لجواز استرقاقهم دون عبدة الاوثان
مخالف لقوله صلى الله عليه وسلم يوم اوطاس لو
جرى رق على عربي لجرى اليوم لمن خير فعل بين عبدة
الاوثان واهل الكتاب والجواب عن الاول ان
القياس كان يقتضي ان لا يقبل منهم الجزية الا انه
ترك بالكتاب بقوله قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله
الاية وعن الثاني بان مراده صلى الله عليه وسلم
عربي الاصل واهل الكتاب وان سكنوا فيما بين
العرب وتوالدوا فانهم ليسوا بعرب في الاصل وانما العرب
عبدة الاوثان فانهم اميون وقوله وجوابه
ما قلنا يريد به قوله لان كفرهم تغلظ واذا ظهر عليهم
اي على عبدة الاوثان من العرب والمرتدين فنساؤهم
وصبيانهم في الان ذراري المرتدين ونساؤهم يجبرون
على الاسلام دون ذراري عبدة الاوثان من
ونسائهم لان الاجبار على الاجبار على الاسلام
انما يكون بعد ثبوت حكم الاسلام في حقه وذراري
المرتدين قد ثبت في حقهم تبعا لابائهم فيجبرون
عليه والمرتدات كن مقرات بالاسلام في حقه
وذراري المرتدين قد ثبت في حقهم تبعا لابائهم
فيجبرون عليه والمرتدات فيجبرون عليه بخلاف
ذراري العبدة ونسائهم وحنيفة ابو حي من العرب
وقيل المراد بني حنيفة رهط مسيلمة الكذاب

وقوله

وقوله فلما ذكرنا اشارة الى قوله فلا يقبل من الفريقين
الا الاسلام او السيف زيادة في العقوبة وقوله
لانها وجبت بدلا عن القتل في حق الماخوذ منه
او عن القتال اي عن النصرة في حقنا كما تقدم و
ولا يجب البدل الا على من يجب عليه الاصل والاصل
وهو القتل او القتال لا يتحقق في حق المراة والصبي
لعدم الاهلية فكذا البدل وقوله لما بينا
يعني قوله وهما لا يقتلان ولا يقاتلان وقوله
اطلاق حديث معاذ رضي الله عنه هو قوله صلى
الله عليه وسلم خذ من كل حالم وحالمة وقوله
وعلى اعتبار الثاني لا يجب يعني ان الجزية و
تدل على الامرين كما مر تقريره وعلى اعتبار
الاول يجب وضع الجزية لان الاصل يتحقق في حق
المماليك لان المملوك الحربي يقتل فيتحقق البدل
ايضا وعلى اعتبار الثاني لا يجب لان العبد لا يقدر
على النصرة فلا يجب عليه بدله وقوله و
لانهم تحملوا الزيادة بسببهم اي مواليهم بسببهم
من صنف الاغنياء او وسط الحال حتى وجب عليهم
زيادة على مقدار الواجب على الفقير المعتمل و
فلو قلنا يوجبها على الموالي بسببهم كان وجوب
الجزية مرتين بسبب شيء واحد وذلك لا يجوز
وقوله ولا توضع على الرهبان واصح و
قال ومن اسلم وعليه جزية سقطت عنه وكذا اسلم
من عليه الجزية او مات كافرا او اعمى او صار زمنا
او مقعدا او شيخا كبيرا لا يستطيع العمل او فقيرا لا يجد

على شيء ويبقى عليه الجزية سقطت عندنا سواء كانت
هذه الحولية قبل استكمال السنة او بعدها خلافا
للشافعي لهما انها وجبت بدلا عن العصمة او عن السكنى
وقد وصل اليه المعوض فكل ما وجب بدلا عن شيء
فقد وصل اليه المعوض لا يسقط عنه العوض بهذا
العارض اي بالاسلام او الموت كما في الاجرة والصلح
عن دم العمد فان الذمي اذا استوفى منافع الدار
المستاجرة ثم اسلم او مات لا يسقط عنه الاجرة
لان المعوض قد وصل وهي منافع الدار وكذا اذا
قتل الذمي رجلا عمدا ثم صالح عن الدم على بدل
معلوم ثم اسلم او مات لا يسقط عنه البدل لان
المعوض وهو نفسه قد سلم له وانما ردد في قوله
بدلا عن العصمة او السكنى لاختلاف العلما في
ان الجزية وجبت بدلا عما ذا فقال بعضهم وجبت
بدلا عما ذا فقال بعضهم وجبت بدلا عن العصمة
الثابتة بعقد الذمة وبه قال الشافعي لان
الله تعالى امر بالقتال ومده الى غاية وهي اعطا
الجزية وقال بعضهم وجبت بدلا عن السكنى
في دار الاسلام لانهم مع الاصرار على الشرك
لا يكونون من اهل دارنا باعتبار الاصل وانما يصيرون
من اهل دارنا بما يودون من الجزية وقال
بعضهم وجبت بدلا عن النصرة التي فاتت باصرارهم
باصرارهم على الكفر وقد تقدم واعتبرها هنا توضيحا
وذلك لانهم لما صاروا من اهل دارنا بقبول الذمة
ولهذه الدار دار معادية وجبت عليهم القيام
بنصرتها

بنصرتها ولا يصلح لذلك ابدانهم لتهمة النصرة لان الظاهر
انهم يميلون الى اهل الدار المعادية فلا يقاتلونهم في نصرة
اهل دارنا فاوجب عليهم الجزية لتؤخذ منهم
فيصرف الى المقاتلة فيكون خلفا عن النصرة قال
شمس الائمة السرخسي وهو الاصح الا ترى ان الجزية
لا توجد من الاعمى والشيخ الفاني والمعتوه والمقعد
مع انهم يشاركون في السكنى لانه لا يلزمهم اصل
النصرة بابدانهم لو كانوا مسلمين فلذلك لا يؤخذ
منهم ما هو خلف عنه ولنا قوله صلى الله عليه وسلم
ليس على المسلم جزية رواه ابن مسعود وهو
مطلق فيجري على اطلاقه بل الاضافة ان المراد به
بعد الاسلام لان كل واحد يعلم ان المسلم لا يكون
عليه جزية فتعين ان يكون المراد به انها تسقط
بالاسلام اذ لو لم تسقط لصدق ان على المسلم جزية
وقوله ولانها وجبت عقوبة الى اخره ظاهر
واعترض بانه الحقه ضرب الرق مع الجزية فيما تقدم
بالاسترقاق بالمعنى الجامع بينهما فكذلك ولنا انه يجوز
استرقاقهم فيجوز ضرب الجزية عليهم اذ كل
واحد منهما يشتمل على سلب النفس منهم فكيف
افترقا في البقاء حيث يبقى العبد رقيقا بالاسلام
لا يبقى الجزية بعد ما جاز كل منهما في الابتدا
بينهما يظهر بين الحالتين كفرهم والجواب
ان ادا الجزية لم يشرع الا بوصف الصغار وما شرع
بوصف لا يبقى بدونه على ما عرف في الاصول ولا صغار
بنا في الصغار فيسقط الجزية بخلاف الاسترقاق

Copyright © King Saud University

فانه لم يشرع كذلك وقوله والعصمة تثبت
بكونه ادميا جواب عما قوله انما وجبت بدلا
عن العصمة ومعناه ان العصمة ثابتة للادمي من
حيث انه ادمي الي مراته خلق متحملا اعبا
التكاليف فلا يصح ان يكون الجزية الطارية بدلا
عنها وللقايل ان يقول سلمنا انها ثابتة لادميته
ولكنها سقطت بالكفر فالجزية تعيدها علي ما كانت
فكانت بدلا والجواب انها لو كانت بدلا
عن العصمة فاما ان تكون عن عصمة فيما مضى او
فيما يستقبل لا سبيل الي الاول وهو ظاهر
ولا الي الثاني لان الاسلام يغني عنها وقوله
والذمي يسكن ملك نفسه جواب عما قوله
والسكني ومعناه ان الذمي يملك موضع
السكني بالشرا او غيره من الاسباب فلا يجوز
ايجاب البدل بسكناه في موضع مملوك له فلو
كانت الجزية اجرة كان وجوبها بالاجازة
لا محالة ويشترط فيها التاقيت لان الابهام
يبطلها وحيث لم يشترط التاقيت في السكني دل
علي ان الجزية لم تكن بطريق الاجارة فان قال
قايل كما انه لا يجوز ان يكون بدلا عن العصمة بقي
والسكني فكذلك لا يجوز ان يكون بدلا عن النصرة
ايضا لا يجري ان الامام لو استعان باهل الذمة
فقاتلوا معه لا يسقط عنهم جزية تلك السنة
فلو كانت بدلا عنها لسقطت لانه قد وفي بنفسه
اجيب بانها انما لم تسقط لانه يلزم تغيير

المشروع

المشروع وليس للامام ذلك وهذا لان الشرع
جعل طريق النصرة في حق الذمي المال دون النفس
قال فان اجتمعت عليه الحولان ات
فعل الحولين اما باعتبار حذف المضاف اي اجتمعت
جزية الحولين واما بتاويل السنين وباعتبار
الجامع الصغير لتفضيله في اللفظ واضح وقوله
وقيل لا تتداخل فيه بالاتفاق يحتاج الي بيان
(٢٨) الفرق بينهما والفرق ان الخراج في حالة البقاء
مؤنة من غير اتفاق ومال الي معنى العقوبة لهذا
اذا اشترى المسلم ارضا خراجية يجب عليه
الخراج فجاز ان لا يتداخل بخلاف الجزية فانها
عقوبة ابتداء وبقاء ولهذا لم يشرع في حق المسلم
اصلا والعقوبات تتداخل وقوله لهما
في الخلافية اي فيما اذا اجتمع عليه الحولان ان الخراج
وجب عوضا علي ما تقدم وكل ما وجب عوضا اذا
اجتمع وامكن استيفاؤه استوفي كما في ساير الاعواض
وقد امكن لان الغرض انه حي واستيفا المال من
الحي ممكن اذا لم يمنع عنه الاسلام بخلاف ما اذا اسلم
وقوله ولابي حنيفة ظاهر وقوله
علي ما بيناه اراد به ما ذكره قبل هذا بقوله ولانها
وجبت عقوبة علي الكفر وللقايل ان يقول قد
تكرر في كلامهم انها وجبت بدلا عن النصرة او
عن العصمة وتكرر ايضا فيها انها وجبت عقوبة
علي الكفر ومعنى العقوبة غير معنى البدلية عن
شي فيلزم توارد علتين علي معلول واحد بالشخص

Copyright © King Saud University

وذلك باطل والجواب عن ذلك ان لو نهما عقوبة
لانهم تمن لو انهم لو كانت بدلا عن النصرة لان ايجاب
النصرة لغير اهل دينه يستلزم عقوبته لا محالة
وقوله ولهذا توضيح لقوله وجبت عقوبة
على الاصرار على الكفر والتشبيب احد موضعي
البيت من الثياب والتشبيب موضع القلادة من
العنق وقوله ولانه وجب بدلا عن
القتل استدلال من جهة الملزوم وما تقدم
كان من جهة اللازم وكلامه واضح وقد بيناه
من قبل وقوله حمله بعض المشايخ
على المعنى المحلى مما ذكره الامام فخر الاسلام
في شرح الجامع الصغير اختلف مشايخنا في قوله
جاءت سنة اخرى فقال بعضهم معناه مضت
حتى يتحقق اجتماعهما لانها عند اخر الحول تجب
وهذا ضرب من المجاز لان مجيء كل شيء بمجيء اوله
فاما قوله في مجوز المجاز ان مجيء الشيء يستلزم
مضي الاخر لا محالة وذكر الملزوم واراده اللازم
مجاز وقال بعضهم معناه دخولا ولها
لان الجزية تجب باول الحول والتاخير الى الحول
تخفيف وتاجيل عند ابي حنيفة وعلى هذا يتحقق
التداخل عند مضي شهر بلا ارتكاب المجاز وكلامه
واضح وقوله على ما قررنا اشارة
الى قوله لان القتل انما سقط بالجواب قائم مع
في الحال لا الجواب ماض الى اخره ويحتاج الى الجواب
عن الزكاة وهو ان الزكاة وجبت في اخر الحول لانها

تجب

تجب في المال النامي وحولان الحول هو الممكن من
الاستنماء لاشتماله على الفصول الاربعة على
ما مر فلا بد من اعتبار الحول ليتحقق شرط وجوب
الادا **فصل** لما فرغ من بيان ما يجب
على الذمة بسكناهم في دار الاسلام شرع في بيان
ما يجوز لهم ان يفعلوا مما يتعلق بالسكنى ولا يجوز
احداث بيعة ولا كنيسة في دار الاسلام لقوله
صلى الله عليه وسلم لا خصاء في الاسلام ولا كنيسة
والخصا بكسر الخاء والمد على وزن فعال مصدر خصاه
اي نزع خصيته والاخصا في معناه خطا ذكره
في المغرب والمناسبة في ذكر الخصا والكنيسة
هي ان احداث الكنيسة في دار الاسلام ازالة
لمحولية اهل داره معنى كما ان الخصا ازالة الفحولية
للحيوان ان كان الخصا على حقيقته وان كان المراد
به ما قال والامتناع عن النسا جملة فمنه
الكنايس فالمناسبة ظاهرة والمراد بقوله
عليه السلام ولا كنيسة احداثها فهو نفي
بمعنى النهي اي لا تحدث كنيسة في دار الاسلام
ويقال كنيسة اليهود والنصارى بيعة لمعبدهم وكذا
البيعة كان مطلقا في الاصل ثم غلب استعمال
الكنيسة لمعبد اليهود والبيعة لمعبد النصارى
قوله صومعة للتخلي فيها بمنزلة البيعة
اي ان يكون من احداث الصومعة التي يتخلون

٢٩

Copyright © King Saud University

فيما ايضا للعبادة بخلاف موضع الصلاة اي صلاة الذي
في البيت فانهم يمكنون من ذلك لانه تبع للسكنى
وقوله والمروي عن صاحب المذهب
اي عن ابي حنيفة والمراد بالمروي هو
ما ذكره انفا بقوله وهذا في الامصار دون
القرى وقوله في جزيرة العرب قيل
انما سميت ارض العرب بالجزيرة لان بحر فارس وبحر
الحبش ودجلة والفرات قد احاطت بها وقوله
ويوخذ اهل الذمة بالتميز ظاهر وذكروا
في الجامع الصغير لكونها كالتفسير لما ذكره القدوري
كانه قال وكيفية التميز ما ذكره في الجامع الصغير
الي اخره والكستيج خيط غليظ بقدر الاصبع يشده
الذمي فوق ثيابه دون ما يتزينون به من
الزنانير المتخذة من الابريسم وقوله
صيانة لضعفة المسلمين اي الضعفة في الدين
لا البدن اي يفعل ذلك بهم لكي يكونون في اعين
الناس المسلمين من الدين لم يتعلموا الى دين
الاسلام اذ لولا هذا غيرهم حتى لا يميلوا الى الكفر
بسبب سعتهم في الرزق والملابس والمراكب
ورونق حالهم فان قيل لم ياخذ النبي صلى
الله عليه وسلم من يهود المدينة ولا نصارى
نجران ولا مجوس هجر بذلك مع كونهم تحت يده اجيب
بانهم في زمن النبي صلى الله عليه وسلم
كانوا معروفين في المدينة لا يشتبه حالهم فلم
يقع الاحتياج الى ذلك ثم في زمن عمر لما كثر المسلمين

ممن

ممن يعرف وممن لا يعرف فوقعت الحاجة الى ذلك
فامر بذلك بمحضر من الصحابة وكان صوابا قال
صلى الله عليه وسلم ايما دار عمر ما الحق معه
وقوله فانه صغار في حق اهل الاسلام
اي ترك حسن المشية باهل الاسلام لان في
الامر لاهل الذمة بتميزهم مما يوجب اعزازهم
من اتخاذ الزنار من الابريسم اهانة لاهل
الاسلام لان من اعز عدو صديقه فقد اهان
صديقه معنى قوله اي لا يركبوا الا
للضرورة يعني كالخروج الى الرستاق وذهاب
المريض الى موضع يحتاج اليه وقوله
بالصفة التي تقدمت يعني كهيئة الاكف وقوله
لانه ينتقض امانه يعني لو كان مسلما وسب النبي
والعياذ بالله ينتقض ايمانه فكذا ينتقض امانه
وذمته وقوله وكذا في حكم ما حمله من ماله
يعني ان الذمي اذا انتقض العهد ولحق بدار الحرب
وفي يده مال ثم ظهر على دار الحرب يكون فيئا
كالمرتد اذا لحق بدار الحرب بماله ثم ظهر على
الدار كان ماله فيئا وقوله الا انه لو
اسر استثنا من قوله فهو بمنزلة المرتد يعني
بخلاف المرتد فانه لا يسترق بل يقتل ان اصر
على ارتداده

فصل

ذكر نصارى
بني تغلب في فصل على حده لان لهم احكاما مختصة
بهم يخالف احكام سائر النصارى وكلامه واضح والاصل
فيه كما ذكر ابو يوسف في كتاب الخراج باسناده

Copyright © King Saud University

ابي داود بن كردوس عن عبادة بن النعمان انه قال
لعمر يا امير المومنين ان بني تغلب من قد علمت
شوكتهم وانهم بازاء العدو فان ظاهروا عليك
العدو واشتدت المونة فان رايت ان تعطيهم
شيا فافعل قال فصالحهم عمر على ان لا يغمسوا
احدا من اولادهم في النصرانية وتضاعف عليهم
الصدقة وعلى ان يسقط الجزية عن روسهم
فكل نصراني من بني تغلب له غنم سائمة فليس
فيها شي حتى يبلغ اربعين فاذا بلغت اربعين
شاة سائمة ففيه شاتان الى مائة وعشرين
فاذا زادت واحدة ففيها اربع من الغنم وعلى
هذا الحساب يوخذ صدقاتهم وكذلك الابل
والبقر اذا وجب على المسلم شي في ذلك
فعلى التغلبي مثله مرتين ونساوهم كرجالهم
في الصدقة واما الصبيان فليس عليهم شي
وكذلك اراضيهم التي كانت في ايديهم يوم
صولحوا يوخذ منهم الضعف مما يوخذ من المسلمين
وقوله والمراة من اهل وجوب
مثله اي مثل ما وجب بالصلح وقوله
الاربع انه لا يراعى فيه شرايطها اي فيما اخذ منهم
من المضاعفة شرايط الجزية من وصف الصغار
لعدم القبول من يد النايب والاعطاء قايما والقابض
قاعدا واحد للتنبيه على ما مر وقوله
ويوضع على مولى التغلبي الخراج لان الجزية خراج
الارض بمنزلة مولى القرشي اي لا يوجد الجزية وخراج

الارض

الارض من القرشي ويوخذ من معتقه فكذلك
ههنا يوخذ الجزية من معتق التغلبي وان لم يوخذ
من التغلبي وقوله قلنا ان هذا
اي اخذ ضعف الزكاة تخفيف يعني لما ذكرنا
انه ليس فيه وصف الصغار بخلاف الجزية
والمولى لا يلحق بالاصل فيه اي في التخفيف
ولهذا اي ولكون المولى لا يلحق بالاصل في
التخفيف يوضع الجزية على مولى المسلم اذا كان
نصرانيا ولم يلحق بمولاه في ترك الجزية وان
كان الاسلام اعلى اسباب التخفيف واولها
فان قيل حرمة الصدقة ليست بتغلظ بل هي
تخفيف بالتخليص عن الدنس بالاوساخ وقد الحق
مولى الهاشمي فيها بالهاشمي اجاب بقوله
بخلاف حرمة الصدقة الى اخره وقوله
في حقه اي فيما هو حق مولاه وهو حرمة الصدقة
فان قيل ما بال مولى الغني لم يلحق به في
حرمة الصدقة والعلة المذكورة وهو ان الحرمات
تثبت بالشبهات موجودة اجاب بقوله
لان الغني من اهل الصدقة في الجملة ولهذا احلت
له اذا كان من اهل الصدقة في الجملة ولهذا احلت
له اذا كان عاملا وانما الغنا مانع ولم يوجد في حق
المولى اما الهاشمي فليس باهل لها اصلا صيانة لشرفه
وكرامته عن اوساخ الناس فالحق به مولاه لكون
اذ يقال حرمة الصدقة على بني هاشم تشريف لهم

Copyright © King Saud University

وفي الحاق الموالي بهم زيادة في التشريف وحرمتها على
الغني لغناه وفي الحاق مولاه به لا يزداد هو لهم
بذكر الجواب عما استدل به زفر من الحديث
وهو انه غير مجرى على عمومه فان موالي
الهاشمي ليس كهو في الكفاءة بالاجماع فوجب التاويل
بانه محمول على التعاون والتناصر لانه من لوازمه
فان الرجل اذا كان من القوم ينصرهم وقال شمس
الائمة السرخسي القياس في الكل سواء وهو ان
لا يلحق مولى القوم بهم الا ان ورود الحديث كان
في حرمة الصدقة على بني هاشم وهو ما روي
ان ابا رافع سال رسول الله صلى الله عليه وسلم
الحل له الصدقة فقال عليه السلام لا انت مولانا
ومولى القوم من انفسهم والمخصوص من القياس
بالنص لا يلحق به ما ليس في معناه من كل وجه
وهذا ليس في معنى ما ورد فيه النص لان ذلك
كان لاظهار فضيلة قرابة رسول الله صلى الله عليه وسلم
في الحاق مولاهم وموالي التغلبي ليس من ذلك في
شيء وقوله وما جباه الامام اي جمعه والتجبية
جمع ثغر وهو موضع مخافة البلدان والقنطرة
ما لا يرفع والجسر ما يرفع وقوله وهو كفايتهم
اي القضاة وعمالهم والعلماء عمله المسلمين والعمال
جمع عامل وقوله فلا شيء له من العطا العطاء
ما يكتب للغزاة في الديوان ولكل من قام بامر من امور
الدين كالقاضي والمفتي والمدرس وافي الاجدام

كان

كان يعطي كل من كان له ضرب مزية في الاسلام كازواج
النبي صلى الله عليه وسلم واولاد المهاجرين والانصار
وكذلك لو مات في اخر السنة لا يورث العطاء لانه
صلة فلا يملك قبل القبض وانما وضع المسئلة
في اخر السنة لا يورث العطاء لانه صلة فلا يملك
قبل القبض وانما وضع المسئلة في نصف السنة
لانه لو مات في احد السنة يستحب صرف ذلك
الى قريبه لانه اوفى عناه فيستحب الصرف الى قريبه
ليكون اقرب الى الوفاء

باب احكام المرتدين

لما فرغ من بيان احكام الكفر الاصلي
ذكر في هذا الباب احكام الكفر الطاري لان الطاري
انما هو بعد وجود الاصلي وكلامه واضح وقوله
الا ان العرض على ما قالوا غير واجب ظاهر المذهب
قال بعضهم لا يصاح ويستحب عرض الاسلام على
المرتدين هكذا روي عن عمر لان رجاء العود الى
الاسلام ثابت لاحتمال ان الردة كانت باعتراض
شبهة وقوله وتاويل الاول يعني قوله يحبس
ثلاثة ايام يستمهل اي يطلب المهل فيحبس ثلاثة
ايام واما اذا لم يطلب فالظاهر من حاله انه متعنت
في ذلك فلا باس بقتله الا انه يستحب ان يستتاب
لانه يجوز ان يكون بلغته الدعوة فان قيل تقدير المدة
ههنا بثلاثة ايام نصب الحكم بالراي فانها لا مدخل
له فيه لانه من المقادير اجيب بان هذا
من قبيل اثبات الحكم بدلالة النص لان ورود النص
في خيار البيع بثلاثة ايام ورود النص لان ورود

Copyright © King Saud University

النفي في خيار البيع بثلاثة ايام وورود فيه لان
التقدير بثلاثة ايام هناك انما كان للتامل والتدبير
بما ينفع للتامل وقوله ولانه كافر حربي
بيانه انه كافر لا محالة وليس بمستامن لانه لم يطلب
الامان ولا ذمي لانه لا يقبل الجزية فكان حربيا
وقوله لاطلاق الدلائل يعني قوله
تعالى فاقتلوا المشركين وقوله عليه السلام
من بدل دينه فاقتلوه وكيفية توبته ان يتبرا
عن الاديان كلها يعني بعد الاتيان بالشهادتين
واما المرتدة فلا تقتل فان قتلها رجل لم يضمن
شابة كانت او امة قال في التتمة كذا في
المبسوط وقوله لما روينا اشارة الى
قوله عليه السلام من بدل دينه فاقتلوه وهذه
الكلمة تعم الرجال والنساء كقوله تعالى فمن شهد
منكم الشهر فليصمه ولان ردة الرجل مبيحة للقتل
من حيث انها جناية مغلظة وكل ما هو جناية
مغلظة تناط بها عقوبة مغلظة وردة المرأة
تشارك ردة الرجل في هذه العلة فيجب ان
تشاركها في موجبها لان الاشتراك في العلة يوجب
الاشتراك في المعلول وصار كالزنا وشرب الخمر والسرقة
وفيه نظر لانه اثبات ما يندرئ بالشبهات بالرأي ولنا
انه عليه السلام نهى عن قتل النساء ولان القتل
جزاء الكفر والاصل فيه ان يؤخر الى دار الجزاء
وهي الاخرة لان تعجيلها يخل بمعنى الابتلاء الذي
هو من الله اظهار عليه لان الناس يستغفرون خوفا

من

من نحوه نقضا لما في المعنى بالموجود منهن وفيه اخلال
بالابتلاء وانما عدل عنه اي عن هذا الاصل الى تعجيل
بعضها دفعا لشر ناجز وهو الحراب ولا يتوجه ذلك
من النساء لان بنيتهن غير صالحة لذلك بخلاف
الرجال فصارت المرتدة كالاصلية والكافرة الاصلية
لا تقتل فكذا المرتدة وما قيل ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم قتل مرتدة فقد قيل انه عليه
السلام لم يقتلها بمجرد الردة بل لانها كانت ساحرة
شاعرة تهجو رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان لها
ثلاثون ابنا وهي تحرضهم على قتال رسول الله صلى
الله عليه وسلم فامر بقتلها والجواب عما
روي انه ليس بمجرى على ظاهره لان السبب يحتمل
من الكفر اذا اسلم فعرفنا انه عام لحقه خصوص
فيخص المتنازع فيه لما ذكرنا من المعنى وتحبس
ظاهر واما رواية الجامع الصغير تحبسها على
ذكر الحرة والامة وقوله والامة
يجبرها مولاها قال ابو حنيفة اذا ارتدت الامة و
احتاج المولى الى خدمتها دفعت اليه وامره القاضي
ان يجبرها على الاسلام قال المصنف اما الجبر فلما ذكرنا
يعني انها امتنعت عن ايفاء حق الله بعد الاقرار
ومع المولى لما فيه من الجمع بين الحقين اي الجبر
والاستخدام ولم يشترط في الكتاب حاجة المولى
الى خدمتها وهو رواية الجامع الصغير وشرطها في
رواية فقال يجبر على الاسلام والخدمة انما تدفع الى المولى
اذا احتاج او استغنى فقال وكذلك لا دون الصبا حتى

لان العبد اذا اتي فيقتل فلا فائدة في الدفع الي المولي
قال ويزول ملك المرتد عن امواله بردته
ويزول ملك المرتد عن امواله بردته زوالا مراعى
اي موقوفا الي ان يتبين حاله فان اسلم عادت على
حالها قالوا هذا عند ابي حنيفة وعندهما لا يزول
لانه مكلف محتاج وكل من هو كذلك يجب عدم
زوال ملكه لانه لا يتمكن من اقامة التكاليف
الا بالملك فيبقى ملكه الي ان يقتل كالمحكوم عليه بالرجم
والقصاص والجامعان كلا منهم مكلف مباح الدم وله
انه حربي مقهور تحت ايدينا حتى انه يقتل
ولا يقتل الا بالحراب فكان القتل هاهنا مستلزما
للحراب لا لنفس الكفر بسبب مبيح له ولهذا لا يقتل
الاعمى والمقعد والشيخ الفاني وقد تحقق الملزوم
بالاتفاق وهو كونه ممن يقتل فلا بد من لازمه
وهو كونه حربيا وهذا اي كونه حربيا مقهورا تحت
ايدينا يوجب زوال ملكه ومالكيته لان المقهورية
امارة المملوكية فاذا كان مقهورا ارتفعت مالكيته
وارتفاعها يستلزم ارتفاع الملك لان ارتفاع
المالكية مع بقاء الملك محال غير انه مدعو الي الاسلام
بالاجبار عليه وعوده مرجو وذلك يوجب بقاء
المالكية لانه مكلف محتاج الي ما يتمكن به من اداء
ما كلف به فبالنظر الي الاول يزول وبالنظر الي الثاني
لا يزول فتوقفنا في امره وقلنا بزوال موقوف
فان اسلم جعل العارض كان لم يكن في حق هذا الحكم
وصار كانه لم يزل مسلما ولم يعمل السبب وان مات

او

او قتل على ردته او لحق بدار الحرب وحكم بلحاقه
استقر كفره فعمل السبب عمله وزال ملكه لا يقال
اذا كان كذلك كان الواجب ان لا يخرج المال عن
ملكه كما هو مقتضى هذا الدليل في غير هذا المحل
لانا نقول ذلك مقتضاه اذا استوت الجهتان وفي
المتمسك وهاهنا ليس كذلك فان جهة الخروج
ترجحت بعجزه عن دونه فيلزم التوقف وانما قيد
بقوله في حق هذا الحكم احترازا عن احباط طاعاته
ووقوع الفرقة بينه وبين امرأته وتجديد الايمان
فان الارتداد بالنسبة اليها قد عمل عمله وقوله
وان مات او قتل على ردته اعاده لانه لفظ
القدوري والاول كان لفظه ذكره شارحا للكلام
وقوله ثم هو مال حربي فيكون فيئا
يوضع في بيت المال ليكون للمسلمين باعتبار انه
مال ضائع وقوله على ما بيناه اشارة الي
قوله لانه مكلف محتاج الي اخره وقوله
ويستند يعني التوريث الي ما قبل ردته فيجعل
كانه اكتسبه في حال الاسلام فورثته ورثته
منه من وقت الاسلام ولابي حنيفة انه يمكن
الاستناد اي استناد الوراثة في كسب الاسلام
لوجوده اي لوجود الكسب قبل الردة ولا يمكن
الاستناد في كسب الردة لعدمه قبلها اي لعدم
الكسب قبل الردة ومن شرطه وجوده قبلها اي
ومن شرط التوريث وجود الكسب قبل الردة ليكون
فيه توريث المسلم من المسلم لانا لو قلنا بالتوريث

Copyright © King Saud University

فيما اكتسبه في حالة الردة لزم توريث المسلم من
الكافر وذلك لا يجوز ثم انما يعتبر من كان وارثا
له حالة الردة فقط وبقي وارثا الى وقت موته حتى
لو كان له وارث بعد الردة بان اسلم قريبه
او ولد له من علوق حادث بعد ردته لا يرث في
رواية عن ابي حنيفة [...] هي رواية الحسن
بما عنه اذ الاستناد يعني ان الارث [...] على الارث
بعد وجود الاسباب الثلاثة الموت والقتل والحكم
باللحاق بدار الحرب وان لم يثبت [...] وجد [...]
فاذا وجدت صار كان الوارث ورثه من الردة
فلاجل هذا شرط ان يكون وارثا الى وجود احدها
وعنه اي عن ابي حنيفة وهي رواية ابي يوسف
عنه انه يرثه من كان وارثا له عند الردة
ثم لا يبطل استحقاقه بموته اي بموت الوارث
بل يخلفه وارثه لان الردة بمنزلة الموت في
التوريث ومن مات من الورثة بعد موت المورث
قبل قسمة ميراثه لا يبطل استحقاقه ولكن يخلفه
وارثه فيه فهذا كذلك وعنه اي عن ابي حنيفة
وهو رواية محمد قيل وهو الاصح انه يعتبر وجود
الوارث عند الموت يعني احد الامور الثلاثة
سواء كان موجودا وقت الردة او حدث بعده
لان الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه كالحادث
قبل انعقاده كما في الولد الحادث من المبيع قبل القبض
فانه يصير معقودا عليه بالعقد ويكون له حصة
من الثمن كذا في النهاية وحاصله ان على رواية

الحسن

الحسن يشترط الوصفان وهما كونه وارثا وقت
الردة وكونه باقيا الى وقت الموت او القتل حتى لو
كان وارثا ثم مات قبل موت المرتد او حدث وارث
بعد الردة فانهما لا يرثان وعلى رواية ابي يوسف
يشترط الوصف الاول دون الثاني وعلى رواية
محمد يشترط الوصف الثاني دون الاول ويرث
امراته المسلمة اذا مات او قتل وهي في العدة
لانه يصير فارا وان كان صحيحا لان الردة سبب
الهلاك كالمرض فاشبهت ردته التي جعلت بها
بينونة الطلاق في حالة المرض والطلاق البائن
حالة المرض يوجب الارث اذا كانت في العدة فان
قيل ابو حنيفة يسند التوريث الى ما قبل
الردة وذلك يستلزم ان لا يتفاوت الحكم بين
المدخول بها وغير المدخول بها لان الردة موت
وامراة الميت ترثه سواء كانت مدخولا بها او لم
تكن اجيب بان الموت الحقيقي سبب للارث
حقيقة فيستوي فيه المدخول بها وغيرها واما
الردة فانها جعلت موتا حكما ليكون توريث
المسلم من المسلم وهي ضعيفة في السببية فلا بد
من تقويتها بما هو اثر عنده وفرق بينهما بعض العلماء
لا حرامي منهما ومعناه فلا قيل اذ ذاك لما تقدم
من الملازمة وحاصل الفرق ان المراة لا تقتل
والرجل يقتل ومعناه ان عصمة المال تبع لعصمة
النفس فبالردة لا تزول عصمة نفسها حتى لا تقتل
ولذلك عصمة مالها بخلاف الرجل فلما كانت عصمة مالها

باقية بعد ردتها فان كل واحد من الكسبين ملكها فيكون
ميراثا لورثتها ويرثها زوجها المسلم اذا ارتدت
وهي مريضة والقياس ان لا يرثها لان قرار الزوجية
انما يتحقق اذا مات وهي في العدة الا ترى انه لو طلقها
قبل الدخول بها في مرضه لم يكن لها الميراث لانها
ليست في عدته ثم هاهنا لا عدة على الرجل فينبغي
ان لا يرثها الزوج ووجهه انه [illegible] بما اشار
اليه بقوله لقصدها ابطال حقه و[illegible] ان حقه
تعلق بمالها وبمرضها فكانت بالردة قاصدة ابطال
حقه فان قيل من يرثه لم يرد عليها قصدها كما في
جانب الزوج بخلاف الرجل فلا يكون في حكم الفارة
المرتدة فلا يرثها زوجها منها قال فان لحق
بدار الحرب مرتدا اي ان لحق المرتد بدار الحرب وحكم
القاضي بلحاقه عتق مدبروه وامهات اولاده
وحلت الديون ونقل ما اكتسبه في حالة الاسلام
الى ورثته المسلمين عندنا وقال الشافعي
يبقى ماله موقوفا لو عوده اذا قواله لانه نوع غيبة
فاشبه الغيبة في الاسلام والجامع كونه غيبة كما
يرى وهو ضعيف جدا ولنا انه باللحاق صار من اهل
الحرب حقيقة وحكما اما حقيقة فلانه بين اظهرهم
واعتقاده كاعتقادهم واما حكما فلانه ابطل احرازه
نفسه بدار الاسلام حين عاد الى دار الحرب محاربا
حربا على المسلمين فاعطي له حكم اهل الحرب وهم كالموتى
في حق المسلمين قال الله تعالى او من كان ميتا
فاحييناه ولان ولاية الالزام منقطعة كما هي منقطعة

عن

عن الموتى الا ان لحاقه لا يستقر الا بقضاء القاضي لاحتمال
العود الينا فلا بد من القضاء فاذا تقرر موته الحكمي
تثبت الاحكام المتعلقة به وهي ما ذكرنا
يعني قوله عتق مدبروه الى اخره كما في الموت
الحقيقي وقوله ثم يعتبر ظاهر والضمير
في تقريره للرواة وقيل للسبب وهما متقاربان
وقوله هذه رواية عن ابي حنيفة هو
رواية زفر عنه وعنه عن ابي حنيفة ايضا
وهي رواية ابي يوسف عنه على عكسه
وهو ان يبدأ في قضاء الدين بكسب الردة [illegible]
وقوله وجه الاول ان المستحق للسبب
اي المدين مختلف وتقريره ان المستحق لو
بالسببين مختلف والمودى من كسب واحد غير
مختلف فالمستحق بالسببين غير مودى من كسب
واحد فلا بد من ادائه من كسبين تحقيقا للاختلاف
وحصول كل واحد من الكسبين باعتبار السبب
الذي وجب به المستحق وهو الدين قضاء
اداؤه اليه ليكون الغرم بازاء الغنم وقوله
وجه الثاني تقريره ان كسب الاسلام ملكه لو
وكل ما هو ملكه يخلفه الوارث فيه ومن شرط هذه
الخلافة الفراغ عن حق المورث فيقدم الدين واما
كسب الردة فليس بمملوك له لبطلان اهلية الملك
بالردة عنده فلا يقضى دينه منه الا اذا تعذر قضاؤه
من محل اخر فان لم يكن كسب الاسلام فان قيل
لما لم يكن ملكه كيف يودى منه دينه اجاب بقوله

Copyright © King Saud University

كالذمي اذا مات ولا وارث له فلم يبقه له ملكا فيما
اكتسبه بل يكون مالا لعامة المسلمين ومع ذلك
لو كان عليه دين قضي منه وقيل لـ[illegible]ـه وجه
الثالث ان كسب الاسلام حق الورثة تقريره
كسب الاسلام حق الورثة وكسب الردة
خالص حقه وقضا الدين من خالص حقه اولى
منه من حق غيره الا اذا تعذر بان لم يف به
فح يقضي دينه من كسب الاسلام بعد نفاد
حقه وفيه بحث من اوجه الاول ما قيل ان هذا
يناقض قوله اما كسب الردة فليس بمملوك له
بعد لان اهلية الملك بالردة والثاني ان كون
كسب الاسلام حق الورثة ممنوع فان حقهم
انما يكون متعلقا بالتركة بعد الفراغ عن حقه بعد
الموت والثالث ان قضا الدين من خالص حقه
واجب ومن حق غيره ممتنع فلا وجه لقوله
فكان قضا الدين منه اولى واجيب عن
الاول بان المعنى من خلوص الحق ههنا هو ان
يتعلقه حق الغير به كما يثبت التعلق في مال المريض
ثم لا يلزم من كونه خالص حقه كونه ملكا له الا يرى
ان كسب المكاتب خالص حقه وليس بملك له وكذا الذمي
اذا مات ولا وارث له على ما ذكرنا انفا وعن الثاني
بان الدين انما يتعلق بماله عند الموت لا بما زال
من قبل وكسب الاسلام قد زال وانتقل بالردة
الى الورثة وكسبه في الردة هو ماله عند الموت
فيتعلق الدين به وعن الثالث بان كسب الاسلام

بعرضية

بعرضية ان يصير خالص حقه بالتوبة فكان احدهما
خالص حقه والاخر بعرضية ان يصير خالص
حقه ولا شك ان قضا الدين من الاول اولى ثم
هذا على طريقة ابي حنيفة وعندهما يقضي
دينه من الكسبين جميعا لانهما جميعا ملكه حتى يجري
الارث فيهما على ما تقدم من مذهبهما قال
فما باعه او اشتراه ذكر التصرفات التي اختلف
علماؤنا في نفاذه وتوقفه وقال هذا عند ابي
حنيفة وانما قال ذلك لان المسئلة من مسائل
القدوري وتبيين الخلاف فيه مذكور في هذا
الموضع وبين اقسام تصرفات المرتد وهو واضح
الا ما نذكره فقوله يجوز ما صنع في الوجهين يريد
باحدهما الاسلام وبالثاني الموت والطلاق فقوله
ابي حنيفة الملك يبتني على الاستيلاد فلو كانت
جارية فادعى نسبه يثبت منه ويرثه هذا الولد
مع ورثته وهي امت الجارية ام ولد له لان حقه في
ماله اقوى من حق الاب في جارية ولده واستيلاد
الاب صحيح فكذلك استيلاده حيث لا يحتاج الى
حقيقة الملك وانما يكتفي فيه بحق الملك قوله
وتمام الولاية يبتني على الطلاق فانه يصح من العبد
مع قصور الولاية على نفسه فان قيل الفرقة
تقع بين الزوجين بالارتداد فكيف يتصور الطلاق
من المرتد اجيب بان المرتد يقع طلاقه
كما لو ابان الرجل امراته ثم طلقها طلقة فانها تقع
على ما عرف على انه يحتمل ان يوجد الارتداد ولا

Copyright © King Saud University

ولا يقع الفرقة كما لو ارتدا معا وقوله لانه اي
كل واحد من النكاح والذبيحة يعتمد الملة ولا ملة
له لانه ترك ما كان عليه ولا يقر على ما دخل فيه
لوجوب القتل واستشكل بان المراد بالملة ان
كان الاسلام ينتقض بنكاح اهل الكتاب وذبائحهم
وان كان المراد بها الملة السماوية ينتقض بصحة نكاح
المجوس والمشركين فيما بينهم فانه ليس لهم ملة سماوية
لا معتقدهم ولا عرفه وقد حكم بصحة نكاحهم ولهذا يحكم
القاضي بالنفقة والسكنى والتوارث بين الزوجين منهم
واجيب بان المراد بالملة ما يكون نكاحا
يقرون عليه ويجري به التوارث بين الزوجين
لان ما هو الغرض من النكاح يحصل عند ذلك وهو
التوالد والتناسل والمرتد والمرتدة ليسا على تلك
الملة فلا يصح نكاحهما لان المرتد يقتل والمرتدة
ليسا على تلك الملة فلا يصح نكاحهما لان المرتدة
تقتل او تحبس فكيف يتم لهما هذه الاغراض من
النكاح بخلاف المجوس واهل الشرك فانهم [illegible]
يقرون عليه قبل الاسلام وبعده ان لم تكن المراة
من محارمه فكانت المصلحة منتظمة وقوله
كالمفاوضة معناه ان المرتد اذا فاوض مسلما توقف فان
اسلم نفذت المفاوضة وان مات او قتل او قضي بلحاقه
بدار الحرب بطلت المفاوضة بالاتفاق وقوله
وهو ما عقده بمعنى قوله وما باعه او اشتراه الى اخره
وقوله على ما قررناه اشارة الى قوله لانه معنى
محتاج الى اخره وقوله ولهذا لو ولدت ولد

بعد

بعد الردة لستة اشهر يتوقف لوجود ملك المرتد
يعني فلو كان الملك زائلا لما ورثه هذا الولد لكون
علوقه بعد الارتداد وقوله [illegible] ولو مات
ولده المولود قبل الردة بعدها قبل موت المرتد
لا بعده فلو لم يكن ملكه قائما بعد الردة لورثه لانه
كان حملا حين ردة الاب فاذا ثبت وجود الاهلية
وقيام الملك يصح تصرفه لكن على الاختلاف المذكور
في الكتاب وقوله على ما قررنا في توقف
الملك اشارة الى ما تقدم من قوله وله انه حربي
مقهور تحت ايدينا فتوقف التصرف فان بناءه على
توقف الملك وقوله يتوقف حاله اي حال
الحربي بين الاسترقاق والقتل والمن وقوله
فكذلك المرتد يعني حاله يتوقف بين القتل والاسلام
ثم هناك ان استرق او قتل بطل وان ترك نفذ فكذلك
ههنا واعترض عليه بان الحربي الذي دخل دارنا
بغير امان فيها فكيف يتوقف تصرفاته والاعتراض
بجواز المن يستقبل الاعتراض وقوله واستحقاقه
القتل جواب عن قولهما والحاقه في الاهلية وتقريره
لا نسلم وجود الاهلية لان العصمة تنتفي اهليته لكمال
وليست بموجودة في المرتد لكن الحاملية بموجودة
في المرتد لكنا انها ليست بموجودة في المرتد كما انها
ليست بموجودة في الحربي لان كل واحد منهما يستحق القتل
لبطلان سبب العصمة وهو كونه ذميا او مسلما وذلك يوجب
الخلل في الاهلية وقوله في الفصلين يريد فصل الحربي
وفصل المرتد فان قيل لو كان استحقاق القتل

٢٦

Copyright © King Saud University

موجب الخلل في الاهلية موثر في توقف التصرفات لكان
ترجيحا الى الحيين الذي يستحق وقاتل العمد
مورثه لاستحقاقهما القتل اجاب بقوله
لان الاستحقاق في ذلك بمعنى ان الاستحقاق الموجب
للحل هو ما كان باعتبار نصرة بسبب العصوبة والولاء
والقاتل ليس كذلك لان الاستحقاق فيهما جزاء
على الجناية وقوله وبخلاف المراة
هوات عن موليها فاصارت كالمرتدة قال فان عاد
المرتد بعد الحكم بلحاقه بدار الحرب الى دار الاسلام
مسلما فما وجده في يد ورثته من ماله بعينه اخذه
لان الوارث انما يخلفه فيه لاستغنائه عنه حيث
دخل دار الحرب فاذا عاد مسلما احتاج اليه فيقدم
عليه اي الوارث قال شمس الائمة الحلواني في هذا
ولو كان هذا بعد موته حقيقة بان احياه الله تعالى
واعاده الى الدنيا كان الحكم فيه هكذا الا انه خلاف
العادة بخلاف ما اذا ازاله الوارث عن ملكه
فانه لا سبيل له لانه ازاله في وقت كان فيه
سبيل من الازالة فنفذت وبخلاف امهات
اولاده والمدبرين فانه لا سبيل له عليهم لان
القضا بعتقهم قد صح بدليل مصحح وهو قضا القاضي
بلحاقه عن ولاية لانه لو كان في دار الاسلام و
لكان ميتا حقيقة فاذا اخرج عن ولايته
كان له ان يحكم بها فاذا كان قضاؤه عن ولاية
نفذ والعتق بعد وقوعه لا يحتمل النقض ولو جا
مسلما قبل قضا القاضي بذلك فكانه لم يزل مسلما

فامهات

فامهات اولاده ومدبروه على حالهم لا يعتقون بقضا
القاضي وما كان عليه من الديون فهو الى اجله كما
كانت لما ذكرنا يعني من قوله الا انه لا يستقر لحاقه
الا بقضا القاضي وقوله واذا وطئ المرتد
جارية نصرانية طاهر وقوله فيما قلنا اشارة
الى قوله لانه لا يفتقر الى حقيقة الملك فحكم تمام و
ستة اشهر حكم الاكثر منها وانما قيد بقوله لاكثر
من ستة اشهر احترازا عما اذا جاءت به لاقل من ستة
اشهر فان الولد يرث اباه المرتد وان كانت امة
نصرانية لانا نتيقن بوجوده في البطن قبل الردة
فلا يجعل الولد مسلما باسلام الاب قبل الردة واذا
لحق المرتد بماله بدار الحرب ثم ظهر على ذلك المال
فهو فيء اي المال فيء دون نفسه ويجوز ان يكون
المال فيئا دون نفسه كما في العرب وان لحق ثم
رجع يعني وان لحق وحكم القاضي بلحاقه ثم رجع واخذ
مالا والحق بدار الحرب فظهر على ذلك المال فوجدته
الورثة قبل القسمة رد عليهم والفرق بين المسئلتين
ان الاول مال لم يجر فيه الارث فهو مال الحربي واذا
ظهر على مال الحربي فهو فيء لا محالة والثاني انتقل
الى ورثته بقضا القاضي بلحاقه فكان الوارث مالكا
قديما والمالك القديم اذا وجد ماله في الغنيمة قبل
القسمة اخذه مجانا فان لم يكن القاضي حكم بلحاقه فالمسالة
بحالها ففي ظاهر الرواية يرد على الورثة ايضا لانه بنفس
ما لحق بدار الحرب فالظاهر انه لا يعود فكان ميتا
ظاهرا وفي بعض روايات السير يكون فيئا لانه

Copyright © King Saud University

للورثة فيه لان الحق لا يثبت لهم الا بالموت وان لحق
المرتد بدار الحرب وله عبد فقضى به لابنه فكاتبه
الابن ثم جاء المرتد مسلما فالكتابة جائزة والولاء
للمرتد الذي اسلم اما جواز الكتابة فلانه لا وجه
الى بطلانها بعد نفوذها بدليل منفذ وهو قضاء القاضي
باللحاق ثم بعد ذلك اما ان يبقى المكاتب على ملك
الابن او ينتقل الى الاب لا سبيل الى الاول لان الابن
لا يملك الرقبة وقد ذكرنا ان المرتد اذا عاد
مسلما اخذ ما وجده بعينه في يد ورثته ورد الى الثاني
لان المكاتب لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك
فجعلنا الوارث الذي هو خلفه كالوكيل من جهته
لان في الوكالة خلافه اعتبر الا بقاء حكم الحاكم في صحة
الكتابة يرجع الى الموكل واما ان الولاء للمرتد الذي اسلم
فلان الولاء لمن اعتق والعتق انما يحصل منه بعد اداء
بدل الكتابة بخلاف ما اذا رجع مسلما بعد اداء بدل
الكتابة لان الملك الذي كان له لم يبق قائما حتى وقد
واذا قتل المرتد رجلا خطا ثم لحق وقوله العمد
اشعر يعني ان العاقلة انما تكون باعتبار النصرة
واحد لا ينصر المرتد فيكون الدية في ماله كسائر
ديونه وماله هو المكتسب في حال الاسلام دون
الردة عند ابي حنيفة وعندهما الكسبان جميعا
له فقوله وعنده ماله المكتسب مبتدا وخبره وكان
المقام يقتضي الضمير الفصل ليفصله عن الصفة
وقوله اما الاول يعني ما اذا مات على ردته
ثم قوله فاهدرت يعني السراية لانها لو لم

يهدر

يهدر لوجب القصاص في العمد والدية الكاملة في الخطا
لان قطع اليد صار نفسا بخلاف ما اذا لم يلحق فقطع يده
المرتد ثم اسلم فمات من ذلك فانه لا يضمن القاطع
شيئا وان كان معصوما وقت السراية لان الاهدار
لا يلحقه الاعتبار يعني اذا لم يقع معتبرا ابتداء لا ينقلب
معتبرا بعد ذلك لان غير الموجب لا ينقلب موجبا
الا بالتعدي فقد يهدر بالابراء فكذلك بالردة وقوله
فلم يلحق واسلم يعني اذا قطع يد المسلم ثم ارتد
والعياذ بالله ولم يلحق بدار الحرب ثم اسلم ثم مات
فعليه الدية كاملة وقوله في جميع ذلك اي فيما
اذا مات على ردته او لحق ثم جاء مسلما او لم يلحق ثم
واسلم وقوله لان اعتراض الردة اهدر
السراية فلا ينقلب بالاسلام الى الضمان دليله
ان الردة معنى لو مات عليه لم يجب بالسراية شي
فكذلك اذا لم يمت عليه كعبد قطعت يده ثم باعه
المولى ثم سرى او تقايلا البيع ثم مات العبد لم يجب
الا دية اليد كما لو مات على البيع لان البيع معنى لو
مات عليه لم يجب بالسراية شي لان الاقدام على البيع
ابراء عن الجناية من حيث المعنى وصار كما اذا قطع
يده مرتدا فاسلم سواء مات من القطع او لم يمت
حيث لا يجب ضمان النفس في الاول ولا ضمان اليد
في الثاني بناء على الاصل المار ان المهدر لا ينقلب
الاعتبار ولنا ان الجناية وردت على محل معصوم
لان الغرض انه قطع يده وهو مسلم ووجبت على محل
معصوم لان الغرض انه لم يلحق واسلم فيجب ضمان النفس

Copyright © King Saud University

في الاول وضمان اليد في الثاني بالعلم الاصل المار و
ان المهدر لا يلحقه الاعتبار [illegible] على ان الجناية وردت
على محل معصوم لان الغرض انه قطع يده وهو مسلم
ثم مات على محل معصوم لان الغرض انه لم يلحقه [illegible] اسلم
فيجب ضمان النفس والباقي ظاهر وقوله [illegible]
[illegible] قيام الملك في حال بقاء اليمين يعني اذا قال
لعبده ان دخلت الدار فانت حر ثم باعه ثم اشتراه
ثم دخل الدار عتق اما لو عدم الملك عند الدخول
او عند الحنث لم يعتق وفرق بين الردة والبيع بان
الردة ليست بانية ولا مسقطة [illegible] لانها [illegible]
لتبديل الدين ويصح [illegible] عن [illegible] اذا مات على
ذلك لم يجب الضمان لتعذر [illegible] بالردة بخلاف [illegible]
العبد المجني عليه لان البيع وضع لنقل ملكه [illegible]
والضمان يوجب ملكه فاذا قطع الاصل [illegible] قطع
اليد ايضا فصار كالاتلاف وذكر الاسبيجابي في الجامع
الصغير انه قول محمد وزفر قياس وقول ابي حنيفة
وابي يوسف استحسان ولم يذكر [illegible] الكتاب
ما اذا كان القاطع هو الذي ارتد فقتل ومات
المقطوع يده بالسراية مسلما وحكمه انه ان كان عمدا
فلا شيء له لان الواجب في العمد القود وقد فات
محله حين قتل على ردته او مات وان كان خطأ
فعلى عاقلة القاطع دية النفس لانه عند الجناية
كان مسلما وجناية المسلم اذا كانت خطأ على عاقلته
ويتبين بالسراية ان جنايته كانت قتلا فلهذا كان
على عاقلته دية النفس وان كانت الجناية منه

في

في الخطأ في ماله [illegible] ان المرتد لا يعقل جنايته
احد وقوله [illegible] وهما عندنا في حقه يحتاج
الى الفرق بين الردة والحرية والمكاتب حيث لم يحمل
[illegible] اذا [illegible] حرا وجده ملكا له [illegible] اذا [illegible]
[illegible] وجه الفرق ما ذكره ان الجاني يملك
[illegible] فعقد الكتابة لا يتوقف
بالردة [illegible] حقيقة الموت [illegible]
[illegible] الموت واذا لم يتوقف العقد لم [illegible]
[illegible] واستوضح ذلك بقوله
[illegible] المكاتب لا يتوقف تصرفه بالاتفاق
[illegible] الرق [illegible] يعني الردة بالطريق الاولى
ولما كان الرق [illegible] الردة في المانعية عن
التصرف لمن يعتقد نفي [illegible] المرتد باقية بالاجماع
[illegible] والطلاق وعندهما [illegible] تصرفاته
نافذة [illegible] والشراء وغيرهما واما العبد فممنوع عن
التصرف [illegible] المكاتب مع كونه
عبدا لم يتوقف تصرفه ايضا مع انه [illegible] قال
صاحب النهاية قلت لشيخي في هذا لا يلزم
من عدم منع الرق المكاتب عن التصرف عدم منع
الردة عنه لانه اذا لم يمنعه كل واحد منهما
على الانفراد جاز ان يمنعاه عند الاجتماع لان الاجتماع
تاثيرا كما في الشاهد ثم اجتمع ههنا للمكاتب ثلاثة
اوصاف كونه مكاتبا او رقيقا ومرتدا [illegible] يكون
ممنوعا عند اجتماع عدة الاوصاف قال اما الكتابة
فهي مطلقة للتصرف لا مانعة واما الرق والردة [illegible]

Copyright © King Saud University

فكل واحد منهما علة في المنع عن التصرف بانفراده فلا
يثبت الرجحان بزيادة العلة بل اذا اقام احد
المدعيين اربعة من الشهود دليل الرجحان انما
يثبت بوصف في العلة لا بالعلة نفسها الى هذا
نقله ورأى ان الجواب بحسب النظر عن
السؤال لانه اثر السؤال من حيث ان احدى
علتي المنع يعارض علة الاطلاق ويترجح بالاخرى
بل انما يلزم من حيث انهما عند الاجتماع يجوز ان
يكونا مانعا عن التصرف … على ان الصفة الاجتماعية
لها من العوارض ما ليس لكل منهما … او لا الصفة
الاجتماعية انما يكون لها زيادة تاثير اذا امكن
ان يحصل من تركيبهما امر خارجي او اعتباري هو
حقيقي لا فرضي ولا يمكن ذلك … الرق والردة
قال واذا ارتد الرجل وامراته والعياذ
بالله فبل قوله لحقت المراة في دار الحرب نفيد
بدار الحرب اتفاقي فانها ان … ان الحرب
ثم لحقت بدار الحرب فالجواب كذلك ولعله ذكره
لفائدة وهي ان العلوق اذا كان في دار الحرب
كان ابعد عن الاسلام واذا كان في دار الاسلام
كان اقرب اليه باعتبار الدار او يكون اقوى جهة
في الاستتباع فالجبر هناك جبر ههنا بالطريق
الاولى وكلامه واضح وقوله ولا يجبر ولد
الولد هو ظاهر الرواية ووجهه انه لو كان مسلما
بجده كان تبعا لجده فيكون الناس كلهم
مسلمين بتبعية ادم عليه السلام ولو كان لابيه

وهو

وهو تبع لها ان التبع مستتبعا لغيره وروي الحسن
… في حسنه انه يعتبر تبعية الجد لان الجد بمنزلة
… الاب للفروع ثابت في بعض … وهذا …
غير … الاب في النكاح وبيع مال الصغير وقوله
لها على الروايتين يعني في ظاهر الرواية لم يجعل الجد
بمنزلة الاب في تلك المسائل وفي رواية الحسن
عن ابي حنيفة جعل الجد فيها بمنزلة الاب اما صورة
الولد … فهي ما ذكرنا واما صورة صدقة
الفطر فهي ان الاب … اذا كان فقيرا او عبدا او ميتا
… هل يجب … على الحافد عليه او لا واما صورة
… فلانه اذا اعتق الجد والحافد والاب
رقيق فهل يكون ولاء الحافد لموالي الجد او لا يكون
وصورة الوصية للاقارب او اوصى رجل لذوي
قرابته … او الحافد فيها وهل يدخل الجد او لا
على الروايتين وذكرنا هذه المسائل في شرح
الفرائض السراجية وشرح رسالتنا وقوله
والمراد اذا الصبي الذي يعقل ارتداده معنى يجري
عليه احكامه فيبطل نكاحه ويخرج عن الميراث
ويجبر على الاسلام ولا يقتل وان ادرك كافرا
ويحبس وتوجيه تحريرا للمذاهب في الكتاب ظاهر
وقوله … يعني لم يفرق الشافعي … في
الصبي الذي يعقل يتبع لابويه … الاسلام
فلا يجعل احد تبعا … باسلام …
للابوين فلا يصح بطريق الاصالة اذ التبعية دليل العجز
والاصالة دليل القدرة وبين القدرة والعجز تناف

Copyright © King Saud University

واحد المتنافيين وهو الاسلام طريق التبعية
موجود بالاجماع منتفي الآخر طرف وقوله
ولا يلزمه دليل آخر وهو واضح وقوله
رواية ابي يوسف مشهور يشير الى ما قاله رضي الله عنه
سبقتكم الى الاسلام طرا غلاما ما بلغت اوان حلمي
واختلف الرواية في سنه حين اسلم وحين
مات قال جعفر بن محمد اسلم وهو ابن خمس سنين
ومات وهو ابن ثمان وخمسين سنة لان النبي
صلى الله عليه وسلم دعاه الى الاسلام في اول
مبعثه ومدة البعثة ثلثة وعشرين سنة والخلافة
بعده ثلاثون انتهت بموت علي فاذا ضمت خمسا
الى ثلث وخمسين صار ثمانيا وخمسين وقال
ابن [illegible] اسلم وهو ابن تسع سنين ومات وهو ابن
ستين وقوله [illegible] فيه يتمشى الكلام
دليل آخر وهو ظاهر وقوله وما يتعلق
به سعادة ابدية يجوز ان يكون معطوفا
على التصديق اي هو التصديق الاصلي وهو ما يتعلق
ويجوز ان يكون خبر مبتدا محذوف ويجوز
ان يكون مبتدا وخبره قوله هو الحكم الاصلي
على تقدير ان يكون قوله وما يتعلق به سعادة
[illegible] له سعادة ابدية خبره وهو الاولى وهو
جواب عن قوله ولانه يلزمه احكام [illegible] المعنى
[illegible] بانه لو صح اسلامه بنفسه [illegible] لانه
نفل في الايمان [illegible] ضرورة الوقوع فرضا لانه يكون
مخاطبا به وهو غير مخاطب بالاتفاق فاذا لم يكن [illegible]

فرضا

حنيفة وابو يوسف بانه لا مالية فيها باعتبار الرقبة
ولها مالية باعتبار كسبها لانه احق بكسبها وقد
اعتبر المراد ذلك برده وقوله وان كان
مديونا اي العبد الابق ان كان مديونا بان كان
مأذونا لحقه الدين في التجارة او استهلك مال الغير
واقر به مولاه وقوله كالموقوف فيه اي ان
يستقر على المولى متى اختار قضاء الدين وبين
ان يبيعها لغرماء متى اختار البيع ولما توقف الملك
في العبد توقف مؤنة الملك وهو الجعل وقوله
وان كان اي الابق موهوبا فالجعل على الموهوب
له وان رجع الواهب في هبته بعد الرد وانما ذكر
ان الوصلة بهذه لدفع شبهة ترد على ما ذكر قبله
بقوله فيجب على من يستقر الملك له وبقوله
فعلى الموهوب له ان احيا العبد فعلى هذا التقدير
كان ينبغي ان يجعل الجعل على الواهب لوجود معه
هذين المعنيين في حقه ووجه الدفع ان المنفعة
للواهب ما حصلت بالرد اي برد الابق بل بعمل
الموهوب له التصرف فيه بعد الرد من الهبة
والبيع وغيرهما من التصرف الذي يمنع الواهب
عن الرجوع في هبته فلا يجب الجعل على الواهب
لذلك فان قيل المنفعة حصلت للواهب بالرجوع
وهو ترك الموهوب له الفعل برد المراد اجيب
بانه كذلك لكن ترك الموهوب له الفعل اخرجها
وجودا فيضاف الحكم اليه كما في القرابة مع الملك [illegible]
العتق الى آخرهما وجودا كذا هذا [illegible] الى آخر كلامه

Copyright © King Saud University

كتاب المفقود قد تقدم وجه مناسبة
ذكر هذا الباب ههنا والمفقود مشتق من الفقد
وهو في اللغة من الأضداد يقال فقدت الشيء أي
أضللته وفقدته أي طلبته وكلا المعنيين متحقق
في المفقود فقد ضل عن أهله وهم في طلبه
وذكر في الكتاب ما يدل على معناه الشرعي
وهو قوله إذا غاب الرجل ولم يعرف له موضع
ولا يعلم أحي هو أو ميت وقوله نصب القاضي
من يحفظ ماله ويقوم عليه ويستوفي حقه إشارة
إلى بيان حكمه في الشرع وكلامه واضح وقوله
وإنما أي الوكيل من جهة القاضي لا يملك الخصومة
بلا خلاف إنما الخلاف في الوكيل بالقبض من
جهة المالك في الدين فإنه عند أبي حنيفة
يملك الخصومة وعندهما لا يملكها وإذا كان
كذلك يعني أن وكيل القاضي لما لم يملك الخصومة
كان حكم القاضي بتنفيذ الخصومة قضاء بالدين و
للغائب والقضاء على الغائب وللغائب لا يجوز
لأن القضاء لقطع الخصومة والخصومة من الغائب
غير متصورة إلا إذا رآه القاضي أي جعل ذلك
رأيا له وحكم به فحينئذ يجوز لأن القضاء إذا لاقى مجتهدا
فيه ينفذ فإن قيل المجتهد فيه نفس القضاء
فينبغي أن يتوقف على إمضاء قاض آخر كما لو كان
القاضي محدودا في قذف أجيب بأن المجتهد
فيه سبب القضاء وهو أن البينة هل تكون
حجة من غير خصم حاضر أو لا فإذا رآها القاضي

حجة

حجة وقضى بها نفذ قضاؤه كما لو قضى بشهادة
المحدود في القذف وقوله ثم ما كان
يخاف عليه الفساد يبيعه القاضي ظاهر وقوله
ومن الثاني الأخ والأخت إنما كان من الثاني
لأن نفقة ذي الرحم المحرم وهي مجتهد فيها فلا
يجب عليهما إلا بالقضاء أو الرضا ولهذا لم يكن لهم الأخذ
بدون القضاء أو الرضا وقوله وإذا
لم يكن ذلك يعني الملبوس والمطعوم في ماله
وقوله وهذا أي الذي ذكرنا من إنفاق
القاضي عليهم من الدراهم والدنانير إذا كانت
في يد القاضي وقوله فهذا أي الاحتياج
إلى الإقرار إنما هو إذا لم يكونا أي الدين والوديعة
أو النكاح والنسب جعل الدين والوديعة شيئا
واحدا والنكاح والنسب كذلك فلذلك ذكرهما
بلفظ التثنية وقوله هذا هو الصحيح
احتراز عن جواب القياس وهو قول زفر أنه
لا ينفق منها عليهم بالإقرار لأن إقراره للمودع
ليس بحجة على الغائب وهو ليس بخصم عن الغائب
ولا يقضى على الغائب إذا لم يكن عنه خصم حاضر
ولكنا نقول المودع لما كان ما في يده ملك الغائب
وإن علم وجه والولد حق الإنفاق منه وإقرار
الإنسان فيما في يده معتبر فيثبت ضمنا باعتبار
ما في يده ثم يتعدى القضاء منه إلى المفقود وقوله
لأن القاضي نائب عنه واعترض عليه بأن القاضي
نائب عن الغائب في القبض للحفظ ولا حفظ في

مقربان م

Copyright © King Saud University

المتعين للانفاق على هولاء فلا يكون ثابتاً واجيب
بان القاضي ثابت عنه في ابقاء ما عليه من الحقوق
كما هو ثابت عنه في الحفظ ولهذا اجاز له اذ يوفي
ما عليه من الدين اذا علم بوجوبه بخلاف
المودع فانه ثابت عنه في الحفظ فقط فان
قلت اذا دفع المودع بغير امر القاضي يو
جب ان لا يضمن لانه دفعها الى من في عيال المودع
ولا ضمان عليه في ذلك اجيب بان الدفع
اليهم لا يوجبه اذا كان للحفظ والدفع للانفاق
دفع للاتلاف وقوله لان ما يدعيه
للغائب معناه ان الخصومة لا تسمع الا من المالك
او نائبه والمالك غائب ولا نائب له حقيقة
لانه لم يوكله وهو ظاهر ولا حكماً لان ما يدعيه
للغائب لم يتعين سبباً لثبوت حقه وهو النفقة
لانها لم توكله وهو ظاهر ولا حكماً لان ما يدعيه
للغائب لم يتعين سبب تجب كما تجب في هذا المال
تجب في مال آخر للمفقود ولا يكون النائب
حكماً الا في مثل ذلك وسيجيء تمامه في كتاب
القضاء ان شاء الله تعالى قال ولا يفرق بينه وبين
امراته كلامه واضح وقصة من استهوته الجن
اي جرته الى المهاوي وهي المهالك ما روي
عبد الرحمن بن ابي ليلى قال انا لقيت المفقود
فحدثني حديثه فقال اكلت خزيرا في اهلي ثم خرجت
فاخذني نفر من الجن فمكثت معهم ثم بدا لهم في عتقي
فاعتقوني ثم اتوا بي قريباً من المدينة فقالوا

ايعرف

اتعرف النخل فقلت نعم فخلوا عني فجئت فاذا عمر بن
الخطاب قد ابان امراتي بعد اربع سنين وحاضت
وانقضت عدتها وتزوجت فخيرني عمر بين
ان يردها علي وبين المهر قال مالك وهذا
مما لا يدرك بالقياس فيحمل على المسموع من رسول
الله صلى الله عليه وسلم ولانه منع حقها بالغيبة
فيفرق القاضي بينهما بعد مضي مدة اعتبارا
بالايلاء والعنة والجامع بينهما منع الزوج حق
المراة ودفع الضرر عنها فان العنين يفرق بينه
وبين امراته بعد مضي سنة لدفع الضرر عنها
وبين المولي وامراته بعد اربعة اشهر لدفع
٤٥ الضرر عنها ولكن عذر المفقود اظهر من عذر
المولي والعنين فيعتبر في حقه الزيادة في الزمن
بان يجعل السنون مكان الشهور فيقدر التربص
باربع سنين عملا بالشبهين وقوله
ولنا ظاهر وحاصله ان البيان في الحديث
المرفوع الى النبي صلى الله عليه وسلم مجمل وقول
علي خرج بيانا لذلك المبهم وقوله و
عمر رجع الى قول علي رواه ابن ابي ليلى وقوله
ولا معتبر بالايلاء جواب عن قياس مالك في صورة
النزاع على الايلاء وهو ظاهر فان الايلاء اذا كان طلاقا
كان مزيلا للملك بخلاف المفقود فانه لم يظهر منه
طلاق لا معجل ولا موجل وقوله ولا بالعنة
جواب عن القياس بالعنة وتقريره ان العنة بعد
ما استمرت سنة كانت طبيعية والطبيعية لا تنحل فكانه

Copyright © King Saud University

حقهما على التابيد فيفرق بينهما بعد مضي مدة دفعا للضرر
عنهما بخلاف امراة المفقود فان حقها مرجو مو
قبل مضي اربع سنين وبعده قال واذا تم له مائة
وعشرون سنة اختلفت روايات اصحابنا في مدة موت
المفقود فروى الحسن عن ابي حنيفة انها
مائة وعشرون سنة من يوم ولد فاذا امضت
هذه المدة حكمنا بموته قبل وهذا يرجع الى قول
اهل الطبايع والنجوم فانهم يقولون ان يعيش اكثر
من هذه المدة وفي ظاهر الرواية يقدر بموت
الاقران فانه اذا لم يبق احد من اقرانه حيا حكم
بموته لان ما يقع الحاجة الى معرفته فطريقه
في الشرع الرجوع الى امثاله كقيم المتلفات ومهر
مثل النسا ونفاوه بعد موت جميع اقرانه نادر
وبناء الاحكام الشرعية على الظاهر دون النادر وهل
يعتبر باقرانه في جميع الدنيا او في الاقليم الذي هو
فيه ذكرنا في شرح الفرايض السراجية وفي المروي
عن ابي يوسف مائة سنة لان الظاهر ان لا يعيش
احد في زماننا اكثر من مائة سنة وقدر بعضهم
بتسعين لانه متوسط ليس بغالب ولا نادر وهو
والاقيس وهو افعل التفضيل للمفعول وهو المقيس
على طريقة الشذوذ كقولهم اشغل من ذات
النحيين ان لا يقدر بشي من المقدرات كالمائة
والتسعين ولكنه يقدر بموت الاقران لانه لو لم يقدر
بشي اصلا لتعطل حكم المفقود والارفق ان يقدر بتسعين
لانه اقل ما ذكر فيه من المقادير قوله

واذا حكم بموته ظاهرا وكذلك لو اوصى المفقود ومات الموصي
اي لا يبطل الوصية بل توقف وذكر في الذخيرة واذا اوصى
رجل للمفقود بشي فاني لا اقضي حصة المفقود الى
ان يظهر حاله فكذلك في الوصية قال الاصل المذكور
في الكتاب ظاهر قوله وتصادقوا اي
الورثة المذكورون والاجنبي وانما قيد بالتصادق
لان الاجنبي الذي في يده المال اذا قال قد مات
المفقود قبل ابنه فانه يجبر على دفع الثلثين
الى البنتين لان اقرار ذي اليد فيما في يده معتبر
وقد اقر بان ثلثي ما في يده لهما فيجبر على تسليم
ذلك اليهما قوله اولاد الابن ابوهم مفقود لم
لا يمنع اقر بان ثلثي ما في يده لهما فيجبر على تسليم
ذلك اليهما قوله اولاد الابن ابوهم مفقود لا يمنع
اقرار ذي اليد لانهم لا يدعون لانفسهم شيا بهذا
القول ويوقف الباقي على يد ذي اليد حتى يظهر مع
مستحقه هذا اذا اقر من في يده المال اما لو جحد
ان يكون المال في يده للميت فاقامت البنتان
البينة ان اباهم مات وترك هذا المال ميراثا لهما
ولاخيهما المفقود فان كان حيا فهو الوارث
معهما وان كان ميتا فولده الوارث معهما فانه
يدفع الى البنتين النصف لانهما بهذه البينة
يثبتان الملك لابيهما في هذا المال ميراثا و
لهما ولاخيهما المفقود فان كان حيا فهو الوارث
معهما وان كان ميتا فولده الوارث معهما فانه
يدفع الى البنتين النصف لانهما بهذه البينة يثبتان

الملك لابيهما في هذا المال والاب ميت وله
الورثة ينتصب خصما عن الميت في اثبات
الملك له بالبينة واذا ثبت ذلك يدفع اليهما
المتيقن وهو النصف ويوقف النصف الباقي على
يدي عدل لان الذي في يديه جحد فهو غير
مؤتمن عليه وانما قيد بقوله والمال في يدي
اجنبي لانه اذا كان في يد الابنتين والمسئلة
بحالها فان القاضي لا ينبغي له ان يحول المال
من موضعه ولا يوقف منه شيئا للمفقود
ومراده بهذا اللفظ انه لا يخرج شيئا من
ايديهما لان النصف صار لهما بيقين والنصف
الباقي للمفقود ان لا يجعل شيئا مما في يد الابنتين
ملكا للمفقود على الحقيقة وكذلك لو كان
المال في يد ولدي الابن المفقود فطلب
البنتان ميراثهما واتفقوا ان الابن مفقود
فانه يعطي البنتان النصف وهو ادنى ما يصيبهما
ويترك الباقي في يد ولدي الابن المفقود من
غير ان يقضي لهما ولا لابيهما لانا لو قدرنا
الابن المفقود ميتا كان نصيبهما الثلثين فكان
النصف متيقنا به قوله ونظير هذا
يعني المفقود الحمل في حق وقف النصيب فانه
يوقف له ميراث ابن واحد على ما عليه الفتوى
وقد ذكرناه في الرسالة وشرحها وشرح الفرايض
السراجية في علم الفرايض قوله ولو كان
معه اي مع الحمل وارث آخر ان كان لا يسقط

بحال

٤٧

بحال ولا يتغير بالحمل يعطي كل نصيبه كما اذا ترك
امراة حاملا فان المراة يعطي الثمن لانه لا يتغير
فرضيتها بالحمل وكذلك اذا ترك ابنا وامراة حاملا
فان المراة يعطي الثمن لانه لا يتغير فرضيتها
وان كان ممن يسقط بالحمل لا يعطي كابن الابن
والاخ او العم فانه لو ترك امراة حاملا واخا
وعما لا يعطي الاخ والعم شيئا لان من الجائز ان يكون
الحمل ابنا فيسقط معه الاخ والعم فلما كان ممن
يسقط بحال كان اصل الاستحقاق له مشكوكا
فلا يعطي شيئا لذلك وان كان ممن يتغير به
يعطي الاقل المتيقن به كالزوجة والام فانه
ان كان الحمل حيا ترث الزوجة الثمن والام
السدس وان لم يكن حيا فهما يرثان الربع
والثلث فيعطيان الثمن والسدس للتيقن
كما في المفقود يعني اذا مات الرجل وترك
جده وابنا مفقودا فللجد السدس كما
ذكرنا في الحمل لانه لا يتغير نصيبه ولو ترك
اخا وابنا مفقودا لا يعطي الاخ شيئا ولذلك
لو ترك اما وابنا مفقودا فانه ان كان المفقود
حيا يستحق الام السدس وان كان ميتا يستحق
الثلث كما في الحمل

كتاب الشركة

مناسبة ترتيب الابواب المار ان ساقت الى ههنا
على الوجوه المذكورة ولما كان للشركة مناسبة
خاصة بالمفقود من حيث ان نصيب
المفقود في مال مورثه مختلط بنصيب غيره

كاختلاط المالين في الشركة ذكرها عقيبه وهي عبارة
عن اختلاط نصيبين فصاعدا بحيث لا يعرف احد
النصيبين من الاخر ثم سمي العقد الخاص بها وان لم
يوجد اختلاط النصيبين لان العقد سبب له
والشركة جائزة لان النبي صلى الله عليه وسلم
بعث والناس يتعاملونها فقررهم عليه وتعاملها
الناس من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم
الى يومنا هذا من غير نكير منكر وهي على
ضربين شركة املاك وشركة
عقود وكلامه واضح وقوله خلطا يمنع التميز
رأسا كخلط الحنطة بالحنطة او لا يتعسر كخلطها
بالشعير وقوله فانه لا يجوز بيعه البيع
من الاجنبي الا باذن شريكه وقوله
وقد بينا الفرق في كفاية المنتهي قيل الفرق
ان خلط الجنس بالجنس على سبيل التعدي
سبب لزوال الملك عن المخلوط الى الخالط
فاذا حصل بغير تعد كان سبب الزوال ثابتا
من وجه دون وجه فاعتبر نصيب كل واحد
زائلا الى الشريك في حق البيع من الاجنبي
غير زائل في حق البيع من الشريك كانه يبيع
ملك نفسه عملا بالشبهين وقوله قابل
للوكالة احترازا عن الشركة في الكدية والاحتشاش
والاحتشاش والاحتطاب والاصطياد فان الملك
في هذه الصورة يقع لمن باشر سببه خاصا لا على
وجه الاشتراك اي شركة العقود فهي متضمنة

لعقد

٤٣

لعقد الوكالة ثم شركة المفاوضة من بينها مخصوصة
بتضمن عقد الكفالة ثم علل تضمن هذه العقود للو
الوكالة ثم شركة المفاوضة من بينها مخصوصة
بتضمن عقد الكفالة ثم علل تضمن هذه العقود الوكالة
بقوله فيكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما
فيتحقق حكمه المطلوب منه اي من عقد الشركة
وشرح هذا ان هذه العقود انما تضمنت الوكالة
لان من حكم الشركة ثبوت الاشتراك في المستفاد
بالتجارة ولا يصير المستفاد بالتجارة مشتركا
بينهما الا وان يكون كل واحد منهما وكيلا عن
صاحبه في التصرف في النصف عاملا لنفسه حتى
يصير المستفاد مشتركا بينهما فصار كل واحد
وكيلا عن صاحبه بمقتضى عقد الشركة وقوله
ثم هي اربعة اوجه ذكر في وجه الحصر على
ذلك ان الشريكين اما ان يذكرا المال في العقد
او لا فان ذكرا فاما ان يلزم اشتراط المساواة
في ذلك المال في راسه وربحه او لا فان لزم
فهي المفاوضة والا فالعنان وان لم يذكراه فاما ان
يشترطا العمل فيها بينهما في مال الغير او لا فالاول
الصنائع والثاني الوجوه ومعنى البيت لا يصلح امور
الناس حال كونهم متساوين اذا لم يكن لهم امرا
وسادات فانهم اذا كانوا متساوين يتحقق المنازعة
بينهم والسراة جمع السري وهو جمع عزيز لا يعرف
غيره وقيل هو اسم جمع للسري وقوله
فلا بد من تحقيق المساواة ابتداء وانتهاء اما

Copyright © King Saud University

ابتدا فظاهر بناء على ما ذكر من مأخذ اشتقاقه
واما انتهاء فلان المفاوضة من العقود الجائزة
فان لكل واحد منهما ولاية الامتناع بعد عقد
الشركة فكان لدوامها حكم الابتداء في انعقاد
المفاوضة يشترط المساواة فكذا في الانتهاء
وقوله وذلك اي تحقيق المساواة
في المال والمراد به ما يصح الشركة فيه ولا يعتبر
التفاضل فيما لا يصح فيه الشركة كالعروض والديون
والعقار حتى لو كان لاحدهما عروض او ديون
على الناس لا يبطل المفاوضة ما لم يقبض الديون
وقوله وكل ذلك با[illegible] فان قيل
كل من الوكالة والكفالة للمجهول بالمعلوم باطل
فالكفالة للمجهول بالمجهول اولى بالبطلان فان قيل
الوكالة العامة جائزة كما اذا قال لاخر وكلتك
في مالي اصنع ما شئت فانه يجوز له ان يتصرف
في ماله اجيب بان العموم ليس بمراد ههنا
فانه لا يثبت الوكالة في حق شراء الطعام والكسوة
لاهله فاذا لم يكن عاما كان توكيلا بمجهول الجنس
فلا يجوز وقوله والجهالة متحملة
تبعا كما في المضاربة يعني الوكالة بمجهول الجنس
موجودة في المضاربة وهي جائزة هناك
تبعا كما في المضاربة يعني الوكالة بمجهول الجنس
موجودة في المضاربة وهي جائزة هناك
تبعا فكذلك المفاوضة وقوله
لان المعتبر هو المعنى دون اللفظ توضيحه

ان

ان السرقة وقعت على عين غير مملوك للسارق لكن ورد
عليه سبب الملك وتمامه ان الاخذ اي هذا الاخذ الذي
فيه خوف فاحش واللام للعهد بدليل قوله ومثله
لا يورث الشبهة كنفس الاخذ وتقريره انا لا نسلم
انه انعقد سبب الملك لان الاخذ المعهود ليس بسبب
موضوع له وانما هو موضوع سببا للضمان فكان له
سببية الضمان لا سببية الملك وانما الملك يثبت لضرورة
اداء الضمان كيلا يجتمع البدلان في ملك واحد ومثله
اي ومثل هذا الاخذ الذي هو سبب الضمان لا يورث
الشبهة لانه ليس بموضوع للملك كنفس الاخذ بيانه
[illegible] سببا [illegible]
[illegible] كما اذا سرق البائع معيبا [illegible] ولم يعلم
المشتري بالعيب فانه يقطع وان انعقد سبب
الرد وهو العيب وكذلك ههنا يقطع وان انعقد
سبب الضمان وهو السرقة بخلاف ما ذكر ابو يوسف
[illegible] اذا سرق مبيعا [illegible] الخيار للبائع
لان سبب الملك فيه موجود اذ البيع موضوع لافادة
الملك وهذا الخلاف فيما اذا اختار [illegible] واحد
[illegible] والضمان
[illegible] كيف [illegible] من القطع [illegible]
[illegible]
[illegible] الباقي [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible] السرقة [illegible]

الضمان وعن هذا ذهب بعضهم الى انه ان اختار القطع لا يضمن
النقصان والجواب ان القطع للباقي بعد الخرق وليس
فيه ضمان بخلاف المستهلك فان القطع كان يتعلق
لا بكشي احرق فان اختار يضمن فيه الثوب كلها ويترك
الثوب عليه ولا يقطع بالاتفاق لانه ملكه مستندا
الى وقت الاخذ فصار كما اذا ملكه بالهبة [illegible] اهدا
له بعد تمام السرقة يسقط القطع فلان [illegible] اذا ملكه
قبل تمام السرقة اولى وتقدم [illegible] اي هذا [illegible]
[illegible] هذه التفصيلات اذا كان النقصان [illegible]
الذي يفوت به بعض العين وبعض [illegible]
كان يسيرا وهو ما يفوت بعض النفع [illegible]
[illegible] ايام [illegible] في تفسير الفاحش [illegible]
[illegible] الغصب يقطع بالاتفاق لانعدام سبب الملك
اذ ليس له اختيار تضمين كل القيمة [illegible] فان
[illegible] شاة فذبحها [illegible] فو[illegible] [illegible]
ذهبا او فضة [illegible] اي يساوي [illegible]
دراهم [illegible] دراهم او دنانير [illegible] وهو ظاهر
وقوله فاصله في الغصب يريد ما [illegible] حق المغصوب
منه عن المغصوب من [illegible] المسروق
[illegible] عن المسروق [illegible] عنهما
[illegible] فالة الضمان [illegible] [illegible]
[illegible] حق المالك [illegible]
[illegible] اوحد [illegible]
في حق المالك [illegible] عين [illegible] وقاله
الحادثة والاسم الحادث [illegible]

الى الحالة الاولى ممكنة والصنعة هيهنا غير متقومة
[illegible] او كسر بريق فضة لم يكن للمالك اخذه ويضمن
الصنعة والعين المسروق متقومة واذا كان كذلك
كان اعتبار الباقي في التقويم اولى من الزايل الغير المتقوم
[illegible] فلم يملك عينه اي عين المسروق وفي
[illegible] النسخ عينها اي عين الذهب والفضة وانما ملك
[illegible] غيرهما فان الاعيان يتبدل [illegible] حديث
[illegible] وقوله فان سرق ثوبا فصبغه
احمر قال صاحب النهاية صورة المسئلة سرق ثوبا
[illegible] فصبغه احمر الى اخره فان لفظ رواية
[illegible] محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في
في السارق يسرق الثوب فيقطع يده فيوجد معه
الثوب احمر قال ليس لصاحبه عليه سبيل ولا ضمان
على السارق وهذا كما ترى ليس فيه ما يدل على
قوله ثم صبغه لان الواو للجمع وهو لا يدل على التعقيب
[illegible] [illegible] غير مضمون الى اخره
اي [illegible] صورة المسئلة ما قاله [illegible]
[illegible] قوله [illegible] وقولهما
[illegible] [illegible] قائم صورة
ومعنى [illegible] فظاهر فان الحمرة فيه محسوسة
[illegible] وابا معنى فلان المسروق منه
[illegible] [illegible]
[illegible] [illegible]
[illegible] غير مضمون على السارق بالهلاك او الاستهلاك
[illegible] السارق [illegible] اذا [illegible]

فان حق الواهب ينقطع عنه بخلاف مسئلة الغصب
يعني اعتبر بها صورة النزاع لان كل واحد منهما قايم
صورة ومعني فاستويا من هذا الوجه بعد الوجوب
ورجحنا جانب المالك بما ذكرنا من كون الثوب اصلا
قايما وكون الصبغ تابعا وان صبغه اسود اخذ منه
الثوب عند ابي حنيفة ومحمد ولا يوخذ عند ابي
يوسف لان السواد زيادة عنده كالحمرة واما عند
ابي حنيفة فلان السواد عنده نقصان فلم يكن من
حق السارق قايما فيه معني فلا يوجب انقطاع من
حق المالك واما عند محمد فان السواد وان كان عنده
ايضا كالحمرة لكن لا يقطع حق المالك باب
قطع الطريق اعلم ان قطع الطريق يسمي سرقة كبرى اما
تسميتها سرقة فلان قاطع الطريق ياخذ المال سرا من
[illegible] الطريق وهو [illegible] كما ان السارق
ياخذ المال [illegible] وهو المالك
او من يقوم مقامه واما تسميته بالكبرى فلان ضرر
قطع الطريق علي اصحاب الاموال وعلى عامة المسلمين
بانقطاع الطريق وضرر السرقة الصغرى يخص المالك
باخذ ماله وهتك حرزه ولهذا غلظ الحد في
حق قطاع الطريق باعتبار [illegible] على السرقة الصغرى لانها
اكثر وجودا منه وقوله واذا خرج جماعة قيل
ذكر لفظ الجماعة ليتناول الاسلم [illegible] والحق
والواحد [illegible] بالاولى [illegible] لان يكون قاطع الطريق
يمكن له ان يدافع [illegible] نفسه [illegible]
[illegible] واضح وقوله فعلهم حدا اي لا بد [illegible] الدليل

بعفو

بعفو الاولياء ويسمي قطاع الطريق مجازين لان المال
في البراري محفوظ بحفظ الله تعالي فاذا اخذوه
على سبيل المغالبة كان في صورة المحارب وقوله
والمراد منه والله اعلم التنويع علي الاحوال فيه
اشارة الي نفي مذهب مالك ان الامام مخير بين
هذه الاشيا نظرا الي ظاهر كلمة او وقوله وهي
اربعة هذه الثلاثة المذكورة يعني قوله فاخذوا
قبل ان ياخذوا مالا ويقتلوا نفسا وقوله وان اخذوا
مال مسلم او ذمي وقوله وان قتلوا ولم ياخذوا
مالا والرابعة ما يذكر هذا من القتل واخذ المال
وقوله ولان الجنايات تتفاوت ومنه على
الاحوال اي علي حسب الاحوال الواقعة في قطع
الطريق فاللايق تغلظ الحكم اي الحد باستغلاظ الجناية
لا التخيير لانه يستلزم مقابلة الجناية الغليظة
بحد اخف [illegible] بالعكس وهو خلاف مقتضي الحكمة
والكلام في هذا البحث قد قررناه في التفسير مستوفى
وقوله [illegible] المراد بالنفي المذكور يعني عندنا
وان [illegible] المراد به الطلب ليهربوا من كل
موضع [illegible] عقوبة بالحبس مشروعة
ولا يجتمعان [illegible] الشرع اي من الاحد
بما لا [illegible] وقوله بشرط كمال النصاب في
حق كل واحد [illegible] قال الحسن بن زياد الشرط
ان [illegible] كل واحد منهم عشرة دراهم او
لان التقدير بالعشرة [illegible] مع ان المستحق ياخذه
[illegible] او احد وههنا [illegible] حق عفو [illegible] يقطع

عضوان في السرقة لا في عشرين درهما وقلنا يغلظ الحد
ههنا باعتبار تغلظ فعلهم باعتبار المجاورة وقطع
الطريق لا باعتبار كثرة المال المأخوذ وفي النصاب بهذا
الحد وحد السرقة سواء وقوله [illegible] كيلا يؤدي
إلى تفويت جنس المنفعة حتى إذا كانت يده اليسرى
شلاء ومقطوعة لم يقطع رجله اليسرى وأما إذا كانت
يده اليمنى مقطوعة فإنه يقطع رجله اليسرى
وقوله [illegible] فالإمام بالخيار [illegible] الإمام
بالخيار [illegible] الجمع بين العقوبتين بين قطع الأيدي والأرجل
وكذلك للإمام الخيار عند أصحابنا [illegible] قطع الأيدي
والأرجل [illegible] والصلب وكان الخيار للإمام في
[illegible] عند أبي حنيفة وذكر في [illegible]
قول أبي يوسف معه وقال محمد يقتل أو يصلب ولا يقطع
وذكر في عامة الروايات قول أبي يوسف معه [illegible]
قطع الطريق [illegible] واحد فلا يوجب حد [illegible]
ما دون النفس دخل في النفس كما في باب [illegible]
السرقة والرجم [illegible] السارق إذا زنى [illegible]
[illegible] فإن [illegible] ذلك [illegible] وقوله
ويصلب أي [illegible] عن [illegible]
في الحدود [illegible] حد [illegible]
في [illegible] أصحابنا [illegible]
[illegible]
[illegible] وقوله [illegible]
[illegible]
[illegible] من مراعاة الترتيب
[illegible] في [illegible] واحد [illegible]

بالقتل

بالقتل لم يكن لهم إذا قتله فلا فائدة في اشتغاله بالقطع
[illegible] كما إذا ضرب الزاني خمسين جلدة فمات فإنه
[illegible] لأنه لا فائدة في إقامته واسم السبب
[illegible] وقوله وعن الكرخي معناه أي
[illegible] عن أبي يوسف أنه قال يصلب وهو حي
[illegible] حتى يموت وقوله [illegible]
[illegible] لأنه مثلة [illegible] عن [illegible] رسول الله صلى الله عليه
[illegible] بالخشب المنصوب وقوله [illegible]
أي [illegible] يصلب ثلاثة أيام قال وإذا قتل القاطع
[illegible] إذا قتل قاطع الطريق [illegible] عليه
[illegible] ما أخذه كما لو سرق فقطعت يده [illegible]
وقوله [illegible] أي [illegible] وقوله
وإن لم يقتل أحدا ولم يأخذ مالا [illegible] حبسه الإمام
[illegible] حاله [illegible] والطريق والملك
[illegible] في الإجمال [illegible] لأن مراد المصنف
[illegible] في النفس حداً
وهي [illegible] وقوله [illegible] يسقط عن النفس
حقاً للعبد [illegible] يسقط عن [illegible] على أن [illegible]
النفس [illegible] أن سقوط الشبهة في
[illegible] في حق الخروج لأن موجب
[illegible] يسقط [illegible] شبهة
[illegible]
[illegible] أبا حنيفة رحمه الله [illegible]
[illegible] وجب القطع وقوله
فإن شاء الأولياء [illegible]

Copyright © King Saud University

المذكور في النص يريد قوله تعالى الا الذين تابوا من قبل
ان تقدروا عليهم فاعلموا ان الله غفور رحيم واعترض
بان قوله الا الذين تابوا ههنا نظيره في قوله اولئك
هم الفاسقون الا الذين تابوا فيكون استثناء من قوله
ولهم في الآخرة عذاب عظيم اذ كل منهما جملتان كاملتان
عطفتا على جملتين كاملتين واجيب بان قوله
واولئك هم الفاسقون لا يصلح جزاء وقد قررناه
في التقرير بخلاف قوله ولهم في الآخرة عذاب عظيم
واعترض ايضا بان التوبة متوقفة على اصل المال
هو رد فان كان الاول في لا يستقيم التعليل بقوله
لان التوبة لا تتوقف على اداء المال وان كان في
الاول لكان الوجه الثاني داخلا في الوجه الاول
فلا يكون علة مستقلة اذ لا يصح ان يكون الشيء
الواحد [illegible] وعلة مستقلة بالنسبة الى حكم
واحد واجيب بان بعض المشايخ ذهبوا
الى ان الحد يسقط بنفس التوبة وهو الاقلاع
في الحال والاعتراف [illegible] المال والندم على ما مضى
والعزم على ان لا يعود اليه ابدا ولم يجعلوا التوبة
بهذا المعنى موقوفة على رد المال وبعضهم ذهبوا
الى ان الحد لا يسقط [illegible] برد المال فجعلوا الرد
من تمامها فالمصنف [illegible] المشايخ في الطريق
ذكرا لاختلاف الاحكام [illegible]
وقوله [illegible] ولا قطع في مثله اي مثل [illegible]
رد المال الى المالك لان الخصومة تنقطع برد المال
اليه وهي شرط لوجوب القطع وقوله فظهر

حق العبد يعني المال انتفى حق الشرع وهو ما انتفى
شرطه وهو الخصومة برد المال ظهر حق العبد في النفس
[illegible] فيستوفي ولي القصاص او يعفو وقوله
[illegible] نصا عطف على قوله حتى يستوفي
ولي القصاص واعترض بان وجوب الضمان بعد
سقوط الحد وسقوط الحد بالتوبة والتوبة متوقفة
على رد المال عند بعض المشايخ [illegible]
[illegible] الهلاك او الاستهلاك بعد الرد الى
المالك واجيب بانا نفرض المسئلة فيما اذا
تاب [illegible] المال بان يرد مال بعض المتاع
عليهم الطريق واستهلك مال البعض الاخر
او هلك في يده حيث تصح توبته ويجب الضمان
وفيه [illegible] هذا النهاية ان لو كانت التوبة
متوقفة على رد المال الى الملاك عند العلماء [illegible]
[illegible] متوقفة على رد جميع
الاموال [illegible] بهذا الوجه
انما هو على قول البعض الاخر من المشايخ
[illegible] وفي عكسه ينعكس المعنى والحكم
يعني اذا باشر غير العقلاء [illegible] الخلل في الاصل [illegible]
الاعتبار فلا يجب الحد على الكل وقوله
[illegible] اذا رمى بسهم الى
انسان عمدا [illegible] واصاب السهم [illegible]
[illegible] لا يجب القصاص على العامد [illegible]
الفعل واحد فيكون فعل المخطئ شبهة في حق
العامد وقوله فقد قيل تاويله ذهب

ابو بكر الرازي الي المسئلة محمولة علي ما اذا كان
المال مشتركا بين المقطوع عليهم دون قطاع الطريق
دون من احدهم فانه لا يجب الحد علي الباقين
لان المأخوذ شي واحد فاذا امتنع عن هو [illegible]
العرامة امتنع عن الباقين واما اذا كان لكل واحد
منهم مال مفرد فالحد يجري عليهم لان لا اتحاد من
كل واحد منهم لا يتعلق له بغيره كما لو سرقوا من حرز
ذي الرحم المحرم من احدهم مالا ومن حرز اجنبي
مالا بخلاف ما اذا سرقوا من حرز ذي الرحم ماله
وما له غيره لان الشبهة هناك في الحرز [illegible]
فالحرز [illegible] القطع [illegible] فكل واحد [illegible]
والاجماع [illegible] مطلق اي ليس بمقيد بكون المال [illegible]
مشتركا لان الجناية واحدة علي ما ذكرنا لابي
حنيفة وزفر فالامتناع في حق البعض يوجب
الامتناع في حق الباقين [illegible] السرقة من حرز
[illegible] من حرز واحد لان كل [illegible] العقل [illegible] ينفصل
عن الاخر حقيقة وحكما قوله بخلاف
ما اذا [illegible]
قطع الطريق علي المستامن لا يجب الحد لقطاع
علي ذي الرحم [illegible] في القافلة
فسقط [illegible]
منهم [illegible]
المستامن [illegible]
المستامن [illegible] لان الشبهة في غير
الحرز [illegible] كما اذا سرق من

الخمر

الخمر وعشرة دراهم واما في ذي الرحم المحرم من
قطاع الطريق فلكون شبهة في الحرز لان القافلة
بمنزلة بيت واحد فكان هذا كمن سرق مال
القريب ومال الاجنبي من بيت القريب فانه
لا يقطع لشبهة تمكنت في الحرز قوله
ومن قطع الطريق ظاهر قوله [illegible] ولا
[illegible] ذلك في المصر [illegible] منه قدر العدد
بين المصر وبين القطاع مسيرة سفر في ظاهر الرواية
قوله لما بينا اشارة الي قوله لظهوره حق
العبد قوله ومن خنق رجلا بالخنق
حتي قتله اذا اعطي حلقه [illegible]
بالحنق [illegible] الموت [illegible] بالسكون كذا [illegible]
[illegible]

كتاب السير

قدم الحدود علي السير لان واحدا منهما [illegible] في
[illegible] الحدود [illegible] الامان
[illegible] مع المسلمين غالبا [illegible]
[illegible] مع الكفار
[illegible] وهي جمع سيرة وهي
فعلة من السير وهي الطريقة في الامور وفي
الشرع يختص بسير النبي صلي الله عليه وسلم في
مغازيه [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
جمع المغازي [illegible] العدو وقصد للقتال
وهي جمع الغزوة [illegible] والمغزاة قال الجهاد

فرض على الكفاية فيقاتل الجهاد دعوة الدعاء الى دين الحق
والقتال مع من امتنع عن القبول بالنفس والمال
و[illegible] كون الكفار حربا علينا او هو فرض كفاية
اذا قام به فريق من الناس سقط عن الباقين
اما الفرضية فلقوله تعالى فاقتلوا المشركين [illegible] وقوله
[illegible] تعالى فيفيد الفرضية ولقوله عليه السلام
الجهاد ماض الى يوم القيمة اي نافذ [illegible]
[illegible] هذا اذا نفذ فانه [illegible]
[illegible] على دعوى الفرضية [illegible]
بانه خبر الواحد اذا تايد بالحجة القطعية [illegible]
الفرضية [illegible] الحديث [illegible]
فاقتلوا وبالاجماع [illegible] اذا تايد
بالقطع [illegible] الفرضية [illegible] فانه
[illegible] لا [illegible] الواحد [illegible] الخبر
[illegible] بالدلالة على [illegible] بالبيان [illegible]
الى يوم القيمة فان الدلائل القطعية في الباب
[illegible]
[illegible] لما احتمله النص واما كونه فرضا على الكفاية
فلانه ما فرض لعينه [illegible]
[illegible] البلاد [illegible] لا [illegible]
[illegible] العباد [illegible]
[illegible]
[illegible] بصلاة الجنازة [illegible] السلام [illegible]
[illegible]
[illegible] او مهاد [illegible]
[illegible] قوله تعالى انفروا خفافا وثقالا

عام

عام فما وجه تقييده بالنفير العام اجيب بانه دفع
الحرج ولان النبي صلى الله عليه وسلم كان يخرج مع
خلف غير من افضل المدينة فعلم بذلك اختصاصه
بالنفير العام ولان الله تعالى قال لا يستوي القاعدون
من المؤمنين غير اولي الضرر الى قوله وكلا وعد
الله الحسنى ووجه الاستدلال ان الله تعالى [illegible]
[illegible] القاعدين عن الجهاد ولو كان الجهاد فرض عين
لا [illegible] الوعيد لا الوعد [illegible] الجهاد [illegible]
[illegible] النفير على من يقرب من العدو وهو
[illegible] ومن وراءهم فلا يكون فرضا عليهم
الا اذا احتيج اليهم اما بعجز القريبين عن المقاومة
مع العدو واما لتكاسل ثم يفترض على من يليهم ثم
الى ان يفترض على جميع اهل الاسلام شرقا وغربا
على هذا التدريج [illegible] قوله [illegible] الكلام
اشارة الى الوجوب على الكفاية اراد بالاول قوله
الجهاد واجب [illegible] المسلمين [illegible] اذا الاستيفا
يتكلم بالباقي [illegible] مجموع [illegible]
بعضه اشارة الى ذلك [illegible] وهو قوله [illegible]
البعض الى [illegible] تمام [illegible] الكفار [illegible]
و[illegible] لم يبدؤا [illegible] ابتداء [illegible]
[illegible] وان لم [illegible]
العمومات الواردة في ذلك كقوله تعالى فاقتلوا
المشركين وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة [illegible]
القتال [illegible] العمومات [illegible]
ما فيه [illegible] اقتلوهم [illegible] تعالى

Copyright © King Saud University
1957

الكفار انما يجب اذا بدؤا بالقتال اجيب بانه منسوخ
وبيانه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان في
الابتدا مامورا بالصفح والاعراض عن المشركين
بقوله فاصفح الصفح الجميل واعرض عن المشركين ثم
ثم امر بالدعا الى الدين بالموعظة والمجادلة بالحسنى
بقوله ادع الى سبيل ربك بالحكمة الاية ثم اذن
بالقتال اذا كانت البداءة منهم بقوله تعالى اذن
للذين يقاتلون الاية وبقوله فان قاتلوكم فاقتلوهم
ثم امر بالقتال ابتدا في بعض الازمان بقوله
فاذا انسلخ الاشهر الحرم فاقتلوا المشركين الاية ثم امر
بالبداءة بالقتال مطلقا في الازمان كلها وفي
الاماكن باسرها [illegible] وقاتلوهم حتى لا تكون
فتنة قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم
الاخر وقوله ولا يجب الجهاد على صبي [illegible]
وقوله ويكره الجعل ما دام للمسلمين فيء او [illegible]
ما يضرب الامام للغزاة على الناس بما يتقوى به
الذين يخرجون الى الجهاد لان تسبيبه الاخذ
وحقيقة الاخذ حرام فما تسببه انه حرم يكون مكروها
وقوله [illegible] الاعراب يقال اعرب [illegible]
الحسن اذا [illegible] الى العدو [illegible] ان يصل [illegible] بالحرب
لن لا روح له وجاء [illegible] وهو [illegible]
[illegible] قوله [illegible] الى [illegible]
القتال ما كان الامر اوله في باب الجهاد القتال
[illegible] ببيان كيفية المدة [illegible]
[illegible] الى ما في جوفه [illegible]

اكبر

٥٦

اكبر من الحصن وقوله دعوهم الى الاسلام
قبل لا يحلوا من ان يقاتلوا قوما بلغتهم الدعوة
او لم يبلغهم فان كان الثاني لا يحل القتال حتى
يدعوا لقوله تعالى وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا
وان كان الاول فالافضل ذلك وكان النبي صلى
الله عليه وسلم اذا قاتل قوما من المشركين دعاهم
الى الاسلام ثم اشتغل بالمقاتلة فاذا فرغ عن الدعوة
ثم يشرع في القتال وقوله لعلهم [illegible] قتالهم
اي [illegible] عن قتالهم او يمنعوا انفسهم [illegible] فكيف
لا [illegible] وقوله على ما نطق به الكتاب
يعني قوله قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله الى ان
قال حتى يعطوا الجزية عن يد وقوله وهذا
في حق من يقبل منه الجزية ظاهر وقوله
فيكتفي بالسؤال على بنا المجهول مؤنة القتال
مؤنة على المجهول الثاني وقوله للنبي
اشارة الى ما روي انه صلى الله عليه وسلم
[illegible] في سرية وقال لا تقاتلوهم حتى تدعوهم الى
الاسلام وقوله لعدم العاصم اي الموجب
للحرمة وهو الدين على مذهب [illegible] ان الاحراز
بالدار على مذهبنا وقوله مباحة بالانذار
لان النبي صلى الله عليه وسلم اذا قاتل قوما من المشركين
دعاهم [illegible] اشتغل بالمقاتلة فاذا فرغ [illegible]
الدعوة وقوله [illegible] وقوله [illegible] على [illegible]
المصطلق اي احرقهم [illegible] عليهم
[illegible] اي غافلون [illegible]

Copyright © King Saud University

موضع بالشام وقيل اسم قبيلة والغارة لا يكون بدعوة
لأن فيهما سترًا إذا أسرع في العدو قوله البويرة
على وزن دويرة مصغر الدار والكسب هو الذل
والهوان وقوله وإن كان فيهم أسير مسلم
أو تاجر [illegible] قال الحسن بن زياد أنه إذا علم
أن فيهم مسلمًا وأنه يتلف بهذا الصنع لم يحل لهم
ذلك لأن الإقدام على قتل المسلم حرام وترك قتل
الكافر جائز ألا ترى أن الإمام لا يقتل الأسارى
لمنفعة المسلمين فكان مراعاة جانب المسلم أولى
من هذا الوجه وقلنا في رميهم دفع الضرر العام
بالذب عن بيضة الإسلام أي مجتمعه للتشبيه
المعنوي بينهما أو بيضة النعامة وغيرها
لأن البيضة مجتمع الولد وقتل الأسير والتاجر
ضرر خاص وإذا اجتمعا قدم دفع الضرر العام على الخاص
ولأنه قلما يخلو حصن من [illegible] فيهم عن قتل مسلم أو
أسير أو تاجر فلو امتنع عن الرمي باعتبار قتله
لأدى إلى [illegible] الجهاد وقوله [illegible] لما بينا إشارة
إلى قوله لأن في الرمي [illegible] العام إلى آخره
وقوله وما أصابوه منهم لا دية عليهم ولا
كفارة يعني عندنا وقال الحسن بن زياد وهو قول
الشافعي فيه الدية والكفارة لأن هذا هو على صورة
قتل الخطأ لأنه قصد بالرمي الكافر فيصيب المسلم
والجواب أنه إذا كان [illegible]
عند الرمي لم يكن فعله خطأ [illegible] ولا دية
وكفارة فيه ولأن الجهاد فرض وكل ما هو فرض

فالغرامة

فالغرامة لا يقترن به لأن الفرض ما هو وهو لا محالة وسبب
الغرامات عدوان محض منهي عنه وبينهما منافاة
فإن قيل هذا التعليل في معارضة قوله صلى الله عليه وسلم
ليس في الإسلام دم مفرج أي مهدر والتعليل
في مقابلة النص باطل أجيب بأنه عام خص
منه البغاة وقطاع الطريق فيخص موضع النزاع بما
ذكرنا [illegible] لأن القرآن شرط وهو ممنوع وأقول
قوله صلى الله عليه وسلم ليس في الإسلام دم
معناه في دار الإسلام دم مفرج وما نحن فيه ليس
بدار الإسلام وقوله [illegible] حال المخمصة
جواب عما قاس عليه الحسن وقال إطلاق الرمي
لضرورة إقامة الجهاد لا ينفي الضمان كتناول مال
الغير حال المخمصة يطلق لمكان الضرورة ويجب
الضمان [illegible] من الجواب أن الإمام تقدم على التأويل
عند [illegible] الخطأ [illegible] كان فيه ضمان لما فيه من
إحياء نفسه وهو منفعة عظيمة يتحمل بسببها [illegible]
[illegible] أما الجهاد فمبني على إتلاف النفس فهو
الجهاد وقد يكون فيهما مسلم فلو وجب الضمان قتالهم
[illegible] الذي هو فرض وذلك لا يجوز
[illegible] الدية والكفارة على الإمام فيما إذا [illegible]
[illegible] من الجلد [illegible] العاصي عن تقلد
[illegible] أن يكون [illegible] الجهاد [illegible]
[illegible] النفس [illegible] الجهاد [illegible]
[illegible] المسلم [illegible] لزمنا [illegible]
امتنع عن الجهاد [illegible] لكونه [illegible]

Copyright © King Saud University

بخلاف ما اذا لم يفعل وقوله ... جهارا العيان
منصوب على المفعول له قال ولا باس باخراج
النساء والمصاحف كلامه واضح سوى ما يذكر ... عدد
السرية عدد قليل يسيرون بالليل ويكمنون
بالنهار وعن ابي حنيفة اقل السرية مائة وقال
محمد في السير الكبير افضل ما يبعث في السرية ادناه
ثلثة ولو بعث بما دونه جاز وقال الحسن
ابن زياد عن قوله نفسه اقل السرية اربعمائة والعسكر
اربعة الاف وقوله ... وقوله وهو
التاويل الصحيح احتراز عما قال ابو الحسن الكرخي انه
كان في ابتداء الاسلام لقلة المصاحف وكذا
روي عن الطحاوي وقوله ... لما قلنا
اشارة الى قوله في الباب السابق لتقدم حق الولي
والزوج وقوله ... الا ان يهجم العدو ... استغناء
لان ... يعني ... المقصود ... لانه
لان الجهاد ... حق ... على ...
المولى والزوج ... وقوله ... المثلة
المروية يقال مثلت بالرجل امثل به مثلا ومثلة
اذا سودت وجهه او قطعت انفه ونحوه ...
وقعة ... العرنيين ... عند النبي
بالمثلة ... عمران بن ... ان رسول
الله صلى الله عليه وسلم ما قام خطيبا بعد ما مثل
بالعرنيين الا كان يحث على الصدقة وينهى عن
المثلة فيحمل على انه ذكره كل خطبة دالا على
تاكيد الحرمة وقوله ... ولا شيخا فانيا قال في

الذخيرة هذا الجواب في الشيخ الكبير الفاني الذي
لا يقدر على القتال ولا على الصياح عند التقاء الصفين
ولا يقدر على الاحبال ولا يكون من اهل الراي
في الحرب فاما اذا كان يقدر على ذلك يقتل لانه
يقاتل بمحاربته وبصياحه يحرض على القتال
وبالاحبال يكثر المحارب وقوله ... لان المبيح
عندنا ... وعند الشافعي الكفر وعندنا هو الحراب
وقوله ... لما بيناه اشارة الى قوله ولهذا
لا يقتل يابس الشق وهو المفلوج قيل والمراد
بالاول ... هنا النساء وقوله ... كلمة
تشبيب ... باخرها ... السكت وقوله
الا ان يكون احدها ولا ممن له راي في الحرب كما صح
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قتل دريد
ابن الصمة وكان ابن مائة وعشرين سنة وفي رواية
ابن مائة وستين سنة لانه كان صاحب راي وقوله
في حال افاقته كالصحيح يعني يقتل سواء قاتل او لم يقاتل
كالصحيح فانه يقتل وان لم يقاتل لكنه انما يقتل في حال
افاقته لانه فيه يقاتل وقوله ... اسم
علم ... بنفسه ... فرسه
ونحو ذلك وقوله ... لما بينا اشارة الى قوله
لان ... من ...
الوديعة ... متاركة وهي
من الوديع ... القتال ...
القتال ... وقوله ... وكان ذلك
مصلحة ... قوله تعالى وان جنحوا للسلم

ليس بمقيد بالمصلحة وكان الاستدلال به مخالفا
للمدعى واجيب بان هذه الاية محمولة على ما اذا
كانت في المصالحة مصلحة للمسلمين بدليل اية
اخرى هي قوله فلا تهنوا وتدعوا الى السلم وانتم
الاعلون وبدليل الايات الموجبة للقتال والا
لزم التناقض لما ان موجب الامر بالقتال مخالف
لموجب الامر بالمصالحة ولا بد من التوفيق
بينهما وهو بما ذكر بدليل موادعة رسول الله
صلى الله عليه وسلم اهل مكة على ما ذكر في
الكتاب ولا يقتصر الحكم على المدة المروية وهي
عشر سنين فكان هذه المدة المروية من
المقدار التي لا يمنع الزيادة والنقصان لان مدة
الموادعة تدور مع المصلحة وهي قد تزيد وتنقص
وقوله لتعدي المعنى يعني دفع الشر وقوله
بخلاف ما لم يكن خيرا حيث لا يجوز لانه ما دام [illegible]
نوادعهم عملا بقوله تعالى فلا تهنوا وتدعوا
الى السلم وانتم الاعلون ولان الموادعة ترك الجهاد
صورة ومعنى اما صورة فظاهر حيث تركوا القتال
واما معنى فلانه لم يكن فيه مصلحة للمسلمين لو
لم يكن في تلك الموادعة دفع الشر فلم يحصل الجهاد معنى
ايضا وقوله نبذ اليهم [illegible]
[illegible] او نبذ العهد نقضه وهو من
ذلك لانه طرح له وقوله سواء اي يستوي
علمهم من [illegible] بنقض العهد وقوله صلى الله عليه وسلم
في العهود وفاء لا غدر راجع هي وقوله

ولا

ولا بد من اعتبار مدة الى اخره قال الله تعالى واما
تخافن من قوم خيانة فانبذ اليهم على سواء على
سوية منهم في العلم بذلك فعرفنا انه لا يحل قتالهم
قبل النبذ وقيل انه يعلموا بذلك ليعودوا الى ما
كانوا عليه من التحصن وكان ذلك للتحرز عن
الغدر وقوله لما بينا من قبل يعني من
قوله انه ترك الجهاد صورة ومعنى وقوله
اذا لم ينزلوا المسلم بدارهم هو تقييد الفتح بالقتال
وقوله لما فيه من اعطاء الدنية اي النقيصة
وقوله الا اذا خاف الهلاك يعني على نفسه
ونفس سائر المسلمين فلا باس به لدفع الحال لما روي
ان المشركين لما احاطوا بالخندق وصار المسلمون
الى ما اخبر الله عنهم بقوله هنالك ابتلي المؤمنون
وزلزلوا زلزالا شديدا بعث رسول الله صلى الله
عليه وسلم الى عيينة بن حصن وطلب منه ان
يرجع بمن معه على ان يعطيه كل سنة ثلث ثمار
المدينة فابى الا النصف فلما حضر رسله ليكتبوا
بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم قام سيد
الانصار سعد بن معاذ وسعد بن عبادة وقالا
يا رسول الله ان كان هذا عن وحي فامض لما امرت وان
كان رايا رايته فقد كنا نحن وهم في الجاهلية لم يكن
لنا ولهم دين وكانوا لا يطمعون في ثمار المدينة الا
بشرا او قرى فاذا اعزنا الله بالدين وبعث
رسوله نعطيهم الدنية لا نعطيهم الا السيف فقال
عليه السلام اني رأيت العرب رمتكم عن قوس واحد

Copyright © King Saud University

فاجيب ان اهل فهم عنكم فاذا ابيتم ذلك فانتم وذاكم
اذهبوا فلا نعطيكم الا السيف فقد قال رسول الله
صلى الله عليه وسلم العلج في الابتدا لما احسن
بالضعف بالمسلمين فحين عن راي القوم فيهم مما قال
السعدان امتنع عن ذلك وقوله باي طريق
يمكن قيل في هذا التعميم شبهة وهي انه لو لم يمكن دفع
الهلاك عن نفسه الا باجرا كلمة الكفر او بقتل غيره
او بالزنا فان دفع الهلاك بذلك عن نفسه غير
واجب بل هو مرخص فيه حتى لو قتل فيما بغيره
عنهما كان شهيدا واجيب عنه بان معنى
الكلام باي طريق يمكن سوى الذي مر بالذي رخص
فيهما ولم يجب الاقدام عليهما وقوله الواجب
بمعنى الثابت فيشربه وقوله ولا نجهز
اليهم اي لا نبعث التجار اليهم بالجهاز وهو المتاع
والمراد به ههنا السلاح والكراع والحديد وقوله
لما بينا يعني قوله لان فيه تقويتهم على قتال
المسلمين ويقال مار اهله اي اتاهم بالطعام هـ

فصل لما كان الامان نوعا من الموادعة
لان فيه ترك القتال كالموادعة ذكره في فصل على
حدة وكلامه واضح وقوله ويسعى بذ
متهم اي بعهدهم وامانهم ادناهم اي اقلهم وهو
الواحد لانه لا اقل منه وانما فسر الادنى ههنا
بالاقل احترازا عن تفسير محمد حيث فسر الادنى بالعبد
لانه جعله من الدناءة وهو العبد ادنى
المسلمين وقوله ولانه اي ولان كل

واحد

واحد من الرجل والمراة من اهل القتال اما
الرجل فظاهر واما المراة فالتسبب بالمال او بـ
العبد واما قوله صلى الله عليه وسلم هاه ما كانت
هذه تقاتل فمعناه بنفسها وقوله للملاقاة
اي الملاقاة الامان بحله لان محله هو محل الخوف
وهو موجود فيهما على ما ذكرناه وقوله
ثم يتعدى اي الامان الى غيره اي الى غير الذي
امن من اهل الاسلام كما في شهادة رمضان
فان الصوم يلزم من شهد برؤيته اي الهلال
ثم يتعدى منه الى غيره وقوله ولانه
سبب لا يتجزى وهو الايمان اي التصديق
بالقلب فكذا الامان لا يتجزى فاذا تحقق من بعض
فاما ان يبطل او يتكامل لا يجوز والاول بعد تحقق
السبب فيتحقق الثاني كما اذا وجد الانكاح من احد
الاولياء المتساوية في الدرجة صح النكاح في حق الكل
لان سبب الولاية وهو القرابة غير متجز فلا يتجزى
الولاية فكذلك ههنا واعلم ان المصنف استدل
بالمعقول على وجه جعل المناط في احدهما
كون من يعطي الامان ممن يخافونه وفي الاخر
الايمان والاول يقتضي عدم جواز امان العبد و
المحجور والتاجر والاسير والثاني يقتضي جوازه
ويجعلهما علة واحدة بحذف الواو عن الثاني يتم
على قوله ثم يتعدى الى غيره كان اولى ويمكن
ان يحمل الاول علة والاخر شرطا وسماه سببا مجازا
والشي يبقى على عدمه عند عدم شرطه وسيجي

Copyright © King Saud University

في كلامه اشارة الى هذا وقوله الا ان يكون في
ذلك مفسدة استثناء من قوله صح امانهم وقوله
وقدمناه يعني في باب الموادعة بقوله وان صالحهم
مدة الى اخره واليه اشار ايضا بقوله لما بينا قيل قوله
ولو حاصر الامام حصنا وامن واحد من الجيش تكرار
محض لانه علم ذلك من قوله الا ان يكون في ذلك
مفسدة وقوله يجوز ان يكون ذلك قبل ان
يحاصر الامام وهذا بعده ويجوز ان يكون اعاده
تمهيدا او توطئة لقوله ويؤدبه الامام لافتياته على
على رايه اي لتسبقه على الامام وحقيقة الافتيات
الاستبداد بالراي وهو افتعال من الفوت وهو السبق
وقوله ولا يجوز امان ذمي لانه متهم بهم اي
بالكفار للاتحاد في الاعتقاد وقوله لا يصح امانه
لما بينا يعني قوله والامان يختص بمحل الخوف قال
ولا يجوز امان العبد اتفقت العلما على ان امان العبد
الماذون صحيح جائز وبما ان عبدا كتب على سهمه
بالفارسية مترسيت ورمى به الى قوم محصورين
فرفع ذلك الى عمر فاجاز امانه وقال انه رجل من
المسلمين وهذا العبد كان مقاتلا لان الرمي فعل المقاتل
واما العبد المحجور على القتال فلا يصح امانه عند ابي
حنيفة ويصح عند محمد والشافعي وذكر الكرخي قول
ابي يوسف مع محمد واعتمد عليه القدوري في شرحه
وذكره الطحاوي مع ابي حنيفة وهو الظاهر عنه وعنه
عليه صاحب الاسرار واستدل محمد بالحديث كما تقدم
وقوله ولانه مومن ممتنع اي ذو قوة وامتناع

اشارة

اشارة الى شرط جواز الامان وهو الايمان والى علته
وهو الخوف لان الخوف انما يحصل ممن له قوة وامتناع
وقوله بالمؤبد من الامان يعني عقد الذمة
فان الحربي اذا عقد عقد الذمة مع العبد وقبل الجزية
وقبل العبد منه صح هذا العقد والقبول من العبد وتصير
ذميا بالاتفاق حتى يجري عليه احكام اهل الذمة
من المنع عن الخروج الى دار الحرب وقصاص قاتله
ونحو ذلك وقوله فالايمان شرط للعبادة
يعني شرط الايمان في قولنا ولانه مومن ممتنع
فيصح امانه لانه شرط للعبادة والجهاد عبادة
وهذا هو الموعود بقوله لما قلنا فيما تقدم وسيجيء
في كلامه اشارة الى هذا وقوله والامتناع
يحقق وشرطنا الامتناع لتحقق ازالة الخوف به
وقوله والتاثير اعزاز الدين يعني اعلة
الجامعة في قياس العبد المحجور على الماذون وقوله
اعزاز الدين واقامة المصلحة الى اخره وتحقيق هذا
ان الوصف المؤثر في امان العبد الماذون له
الامتناع وشرطه الايمان وهذا الوصف معدل
لظهور اثره وهو اعزاز الدين واقامة المصلحة
في حق جماعة المسلمين في حق هذا الحكم وهو
الامان في الحرب فاذا وجد في المحجور عليه صح تعديته
اليه كما في سائر الاقيسة وقوله وانما لا يملك
المسايفة جواب عما يقال الاصل في الجهاد هو المسايفة
وهو لا يملكه فلا يملك الامان ايضا وتقريره انما لا يملك
المسايفة لما فيه من تعطيل منافع المولى وهو لا يملك

Copyright © King Saud University

ذلك ولا تعطيل لمنافعه في مجرد القول وقوله
ولابي حنيفة انه محجور عن القتال يصح ان يكون علة ثانية
وتقريره لا نسلم وجود الامتناع لان الامتناع انما
يكون لتحقق ازالة الخوف وهم لا يخافونه وان يكون
معارضة وهو الظاهر من كلام المصنف وتقريره انه محجور
عن القتال لا يصح امانه لانهم لا يخافونه وفيه نظر
فان الخوف امر باطن لا دليل على وجوده ولا عدمه
فالكفار من اين يعلمون انه عبد محجور عليه حتى
لا يخافونه والجواب ان ذلك يعلم بترك المسابقة
فانهم لما راوه شابا مقتدرا على القتال مع المقاتلين
لا يحمل سلاحا ولا يقاتلهم علموا انه ممنوع عن ذلك
من له المنع ولو قال المصنف انه محجور عن القتال
والامان نوع قتال لكان اسهل ابتنا المذهب
ابي حنيفة فتامل وقوله وفيما ذكرناه برد
انه يتصرف في حق المولى على وجه لا يعرى عن احتمال
الضرر وقوله وفيه تشريطه سد باب الاستغنام
اي على المسلمين وذلك ضرر في حقهم فاذا كان هو
ممنوعا عن الضرر للمولى فكيف يصح منه ما يضر المولى
والمسلمين وقوله بخلاف المؤبد جواب
عن قياس محمد صورة النزاع على عقد الذمة لانه
اي الامان المؤبد خلف عن الاسلام من حيث انه
ينتهي به القتال المطلوب به اسلام الحربي فهو بمنزلة
الدعوة الى الاسلام وهي نفع ولانه مقابل
بالجزية وهي نفع ولانه مفروض عند مسئلتهم ذلك
يعني ان الكفار اذا طلبوا عقد الذمة يفترض على الامام

اجابتهم

اجابتهم اليه واسقاط الفرض نفع فافترقا وقوله
فهو على الخلاف يعني على قول ابي حنيفة لا يصح امانه
وعندهما يصح وقوله والاصح انه يصح بالاتفاق
اي باتفاق اصحابنا ليس على الخلاف لانه تصرف
داير بين النفع والضرر كالبيع فيملكه الصبي بعد
الاذن

باب الغنايم وقسمتها

اخر باب الغنايم عن فصل الامان لان الامان من
بعد المجاهدين امان لهم منهم او يقتلهم ويستغنم
اموالهم فلما فرغ من ذكر الامان ذكر الغنايم
وقسمتها والغنيمة ما نيل من اهل الشرك عنوة
والحرب قايمة وحكمها ان تخمس والباقي بعد
الخمس للغانمين خاصة فاذا فتح الامام بلدة
عنوة اي قهرا قال في المغرب وقوله قهرا ليس
تفسيرا له لغة لان عنا عنوا بمعنى ذل وخضع وهو
لازم وقهرا متعد بل يكون هو تفسيره من طريق
سفور الذهن لان من الذلة يلزم القهر وان العنوة
بالذلة مستلزم للقهر فهو بالخيار ان شاء قسمه اي
قسم البلدة بينا وفي البلدة بين المسلمين كما فعل رسول
الله صلى الله عليه وسلم بخيبر وان شاء اقر اهله
عليه ووضع عليهم الجزية وعلى اراضيهم الخراج
كذا فعل عمر بسواد العراق بموافقة من الصحابة رضي
فان قيل قد خالفه في ذلك جماعة اجاب
بقوله ولم يحمد من خالفه من نفرا يسيرا منهم
بلال حتى دعا عليهم على المنبر فقال اللهم اكفني بلالا و
واصحابه فما حال الحول وفيهم عين تطرف اي ماتوا

جميعا وفي كل من ذلك قدوة فتخير ولقائل ان يقول
لا نسلم ان احدا من الصحابة بل اكثرهم يصير قدوة
على خلاف ما فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم
اذ لم يصل الى احد الاجماع والجواب عنه من
وجهين احدهما ان فعل النبي صلى الله عليه وسلم
اذا لم يعلم انه عليه السلام على اي جهة فعله يحمل
على ادنى منازل افعاله وهو الاباحة وهي لا تستوجب
العمل لا محالة فاذا ظهر دليل الصحابي جاز ان يعمل
بخلافه والثاني انه على تقدير انه عليه السلام
فعل ذلك وجوبا فان عمر فعل ما فعل مستنبطا من
قوله تعالى والذين جاؤا من بعدهم بعد قوله تعالى
ما افاء الله على رسوله من اهل القرى فلله وللرسول
ولذي القربى فيكون ثابتا باشارة النص وهي تفيد
القطع فيكون الواجب احدهما بتعيين فعل الامام نو
كالواجب المخير كما في خصال الكفارة ففعل النبي
صلى الله عليه وسلم احدهما وعمر الاخرى وقيل في
التوفيق بينهما ان الاولى هو الاول عند حاجة الغانمين
كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم فانه كان عند حاجة
المسلمين والثاني عند عدم الحاجة كما فعل عمر ليكون
عدة في الزمان الثاني وهذا اي اقرار اهل البلد
على بلدهم بالمن عليهم في العقار اما في المنقول المجرد فلا
يجوز المن بالرد اذ لا نفع لهم بها ان لو من عليهم
وانما قيد المنقول بالمجرد لانه يجوز المن عليهم في المنقول
بطريق التبعية بالعقار وذلك في قوله بعد هذا وان من
عليهم بعثه بالرقاب والاراضي يدفع اليهم من المنقولات

يقدر

بقدر ما يتهيأ لهم العمل وقوله لانه لم يرد به
اي بالمن الشرع فيه اي في المنقول المجرد وفي العقار
خلاف الشافعي فانه لا يجوز المن فيه قال لان في المن
ابطال حق الغانمين عندكم لان حقهم قد ثبت وتاكد
بالاحراز فقد صار ممنوعا بفتح البلدة واجراء
احكام الاسلام فيها وليس للامام ذلك او ملكهم يعني
عندي فان الملك قد ثبت لهم بنفس الاحراز
فلا يجوز ابطال كل واحد من الحق والملك من غير
بدل يعادله فان قيل الخراج يعادله اجاب
بقوله والخراج غير معادل لقلته فان قيل
فالحق والملك يثبت في رقابهم ايضا وجاز له ان
لا يقسمها اجاب بقوله بخلاف الرقاب يعني ان
حقهم لم يتعلق بها لان للامام ان يبطل حقهم راسا
بالقتل فكذلك له ان يبطله بالخلف وهو الجزية وهم
لا ثبتا حقا في الاصل حرا والملك ثبت بيان عنه فالامام
اذا اسرهم فقد بدل حكم الاصل فاذا جعلهم احرارا لم
فقد نفى حكم الاصل فكان جائزا والحجة عليه ما روينا
يعني من فعل عمر وقوله ولانه فيه نظر المعني
ان يعني فالامام وقع على وجه النظر في اقرار اهلها
عليها لانه لو قسمها بينهم اشتغلوا بالمزارعة وقعدوا
عن الجهاد فكان يكر عليهم العدو وربما لا يهتدون
لذلك العمل ايضا فاذا تركها في ايديهم وهم عارفون
بالعمل منها كما ذكره اي المزارع عن العاملين للمسلمين
العارفة بوجوه الزراعة والمؤن مرتفعة مع ما
انه يحظى به الذين ياتون من بعد كان فيه نظر لا محالة

Copyright © King Saud University

فيكون جايزا وقوله والخراج ان قيل جواب
عن قوله والخراج غير معادل لقلته وتقديره الخراج و
وان قل حالا لكونه بعض ما يمكن ان يخرج في سنة
فقد جل مالا لدوامه بوجوبه كل سنة وقوله
وان من عليهم ظاهر وقوله لم يخرج عن حد الكراهة
معناه ما قال الامام التمرتاشي فان من عليهم و
برقابهم واراضيهم وفيهم النساء والذرية وساير الاموال
جاز ويكره لانهم لا ينتفعون بالاراضي بدون المال
ولا بقاء لهم بدون ما يمكن به ترجية العمر الا ان يدع لهم
ما يمكنهم به العمل في الاراضي قال وهو في الاسارى
بالخيار اي الامام فيما حصل تحت يده من الاسارى
مخير بين الامور الثلاثة ان شاء قتلهم لانه
صلى الله عليه وسلم قد قتل عقبة بن ابي معيط
والنضر بن ابي سهل بعد ما حصلا في يده وقتل
بني قريظة بعد ثبوت اليد عليهم فان اسلموا
سقط عنهم القتل لانه عقوبة وجبت للبقاء على
الكفر فاذا زال الكفر سقط القتل وان شاء استرقهم
لان فيه دفع شرهم مع توفر المنفعة لاهل الاسلام
فان اسلموا بعد ذلك لم يسقط عنهم الرق لان
الرق جزاء الكفر الاصلي على ما عرف بخلاف ما اسلموا
قبل الاستيلاء حيث لا يجوز القتل والاسترقاق لانه
اسلم لانه صار اولى الناس بنفسه قبل انعقاد سبب
الملك وهو الاستيلاء والاخذ وان شاء تركهم احرارا
ذمة للمسلمين لما بينا من فعل عمر فان قيل فاقتلوا المشركين
تنافي ترك قتلهم فلا يجوز اجيب بانه ترك العمل به

في

في حقنا اهل الذمة والمستامن فكذا في المتنازع فيه بفعل
عمر وقوله الا مشركي العرب استثناء من قوله
وان شاء تركهم احرارا ولقايل ان يقول هذه الادلة
تدل على خلاف المدعى لان المدعى هو ان يكون الامام
مخيرا بين الامور الثلاثة والادلة تدل على وجوب
كل واحد منها لانه قال لان فيه حسم مادة الفساد وذلك
واجب لا محالة ثم قال لان فيه دفع شرهم مع وفور
المنفعة لاهل الاسلام وهو كالاول واقوى ثم استدل
بما فعل عمر وقوله لما بينا وهو انما يصح على تقدير ان يكون
ما فعله واجبا والا لزم التخيير بين الواجب وغيره وهو
لا يجوز والجواب ان كل واحد من الامور واجب
والامام مخير بينها كما في الواجب المخير وقوله
ولا يجوز ان يردهم ظاهر وقوله ولا يفادي
بالاسارى المفاداة بين اثنين يقال فاداه اذا اطلقه و
اخذ فديته وعن محمد لا تفادي بالاسارى اي
لا يعطي اسارى الكفار ويوخذ منهم اسارى من
المسلمين او المال عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف
ومحمد يفادى بهم اسارى المسلمين ولا يجوز الفدية
بالمال وجعل في السير الكبير قولهما اظهر الروايتين
عن ابي حنيفة ووجه ذلك ما ذكره ان فيه تو
تخليص المسلم وهو اولى من قتل الكافر والانتفاع
به وقوله وله ان فيه تقوية وفي بعض
النسخ معونة ظاهر وعورض بان النهي هذا في مورد
الغزو العام يحتمل العود الخاص كما مر في صورة الرمي و
عند التترس بالمسلمين واما المفاداة باخذ المال منهم

٦٤

Copyright © King Saud University

منهم في اطلاق اسرائهم فلا يجوز في المشهور من مذهب
اصحابنا لما بينا ان فيه تقوية او معونة للكفرة وعودهم
حربا علينا وفي السير الكبير انه لا باس به اذا كان بـ
بالمسلمين حاجة استدلالا باسارى بدر وسيجي
جوابه وقوله ولا يجوز المن عليهم المراد
بالمن عليهم هو الانعام عليهم بان يتركهم مجانا
من غير استرقاق ولا ذمة ولا قتل خلافا للشافعي
فانه يقول من رسول الله صلى الله عليه وسلم على
بعض الاسارى يوم بدر يعني ابا عزة الجمحي ولنا
قوله تعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ولانه
بالاسر والقسر ثبت حق الاسترقاق فيه للغانمين
فلا يجوز اسقاطه بغير منفعة وعوض كسائر اموال
المغنومة وما رواه من المن على ابي عزة فهو
منسوخ بما تلونا ولذلك قوله تعالى فاما منا بعد
واما فدا وكذلك فعله باسارى بدر لان سورة
براءة اخر ما نزلت وقد تضمنت وجوب القتل
على كل حال بقوله فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم
فكان ناسخا لما تقدم كله ولقائل ان يقول قد
اجمعوا على انه مخصوص خص منه الذمي والمستامن
فجاز ان يخص منه الاسير قياسا عليهم او بحديث ابي
عزة او غيرهما والجواب ان قياس الاسير على
الذمي فاسد لوجود الذمة فيه دون الاسير
وهي المناط وكذا على المستامن لعدم استحقاق قرينة
وحديث ابي عزة متقدم على الاية وغيرها غير
موجود او غير معلوم فلا يصح التخصيص بشي من

ذلك

من ذلك والمواشي جمع ماشية وهي الابل والبقر والغنم
والمناطق بضم الكاف وفتحها جمعي وكلامه واضح قال
ولا يقسم غنيمة في دار الحرب قسمة في دار الاسلام
اجيب وقال الشافعي لا باس به والاصل ان
الملك لا يثبت للغانمين قبل الاحراز بدار الاسلام
عندنا وعنده يثبت ويبتني على هذا الاصل عدة
من المسائل ذكرها في الكفاية اي كفاية المنتهى منها
ان الامام اذا باع شيا من الغنائم لا لحاجة الغزاة
او باع احد الغزاة فانه لا يصح عندنا لعدم الملك
وكذا لو اتلف احدهم شيا في دار الحرب لم يضمن وكذا
لو مات احدهم لا يورث سهمه ولو لحق الجيش مدد
قبل القسمة في دار الحرب شاركوهم في الغنيمة وقوله
لان سبب الملك القهر وقوله والثاني
اي اثبات اليد الناقلة الى دار الاسلام منعدم
لقدرتهم اي لقدرة الكفرة على الاستنقاذ ووجوده
اي وجود الاستنقاذ ظاهر لكون المسلمين في ديارهم
وقوله ثم قيل موضع الخلاف اي ان موضع
الخلاف فيما اذا صدرت القسمة عن الامام بدون
الاجتهاد هل يثبت حكم الملك لمن وقعت القسمة
في نصيبه من الاكل والوطي وساير الانتفاع او لا فعنده
يثبت وعندنا لا يثبت وقوله لان حكم الملك
لا يثبت بدونه اي بدون الملك معناه ان ترتب
هذه الاحكام دليل ثبوت المستلزم للملك لجواز
القسمة فعنده مترتبة بهذه القسمة الصادرة
لا عن اجتهاد فيلزم منه ثبوت الملك وعندنا لا يثبت

Copyright © King Saud University

بمترتبة فدل على ان الملك لم يكن ثابتا وهذا لان
الملك علة لترتب الاحكام وقد وجد المعلول فيلزم
وجود العلة لئلا يلزم تخلف المعلول عن العلة
وعندنا لم يوجد المعلول فيلزم عدم وجود العلة
لئلا يلزم تخلف العلة عن المعلول وانما قيد القسمة
بقوله لاعن اجتهاد ليظهر موضع الخلاف فانه اذا
قسم بمجتهد اجاز بالاتفاق وقوله وقيل
الكراهة اي حكم قسمة الغنائم في دار الحرب على
مذهبنا الكراهة لا عدم الجواز لما في القسمة من
قطع شركة المدد فيقل رغبتهم في اللحوق بالجيش
ولانه اذا قسم تفرقوا فربما يكر العدو وعلى بعضهم هذا
امر ولما تم كله القسمة فلا يمنع جوازها وهي كراهة
تنزيه عند محمد فانه قال على قول ابي حنيفة
وابي يوسف لا تجوز القسمة في دار الحرب وعند
محمد الافضل ان يقسم في دار الاسلام وفيه نظر لان
هذا يشير الى ان قول محمد على خلاف قول ابي حنيفة
في القسمة في دار الحرب وليس بمشهور فانه لا خلاف
بينهم في ظاهر الرواية عن اصحابنا وفي غير ظاهر
الرواية منقولة عن ابي يوسف كما ذكرنا وايضا قوله
على قول ابي حنيفة وابي يوسف لا تجوز القسمة يدل
على خلاف ما يدل عليه قوله وقيل الكراهة وفي
الجملة هذا الموضع لا يخلو عن تسامح والحاصل عنه
انهم اختلفوا في المراد بقوله ولا يقسم غنيمة في
دار الحرب فقال بعض المشايخ المراد به عدم
جواز القسمة حتى لا يثبت الاحكام المترتبة على

القسمة

القسمة وقال بعضهم المراد به الكراهة وعلى هذا قوله
على قول ابي حنيفة وابي يوسف لا تجوز القسمة
انما يصح على قول الاولين ووجه الكراهة ان دليل
البطلان راجح لكونه محرما والمحرم راجح على المبيح الا انه
تقاعد عن سلب الجواز بالاتفاق اما عند الشافعي
فيجوز مطلقا واما عندنا فيجوز اذا احتاج الغزاة
الى الثوب والدابة ونحو ذلك فلا يتقاعد عن ايراث
الكراهة لان الدليل المرجوح لما لم يبطل بالكلية حصل
من معارضة الدليل الراجح والمرجوح الكراهة كما في
سور الحمار قال والردء والمقاتل في العسكر سواء
الردء هو العون والمقاتل وهو المباشر في العسكر
في استحقاق الغنيمة سواء لاستوائهم في السبب
وهو مجاوزة الدرب بنية القتال عندنا او شهود
الوقعة عند الشافعي على ما عرف وكذلك اذا لم
يقاتل لمرض او غيره لما ذكرنا من الاستواء في السبب
وقوله واذا لحقهم المدد ظاهر وقوله
بناء على ما مهدناه من الاصل يريد ما مر ان سبب
الملك عنده هو الاخذ والملك يثبت به وعندنا
ان السبب هو الاحراز فاذا شارك المدد الجيش
في الاحراز الذي يتم به السبب شاركوه في تأكد الحق
به كما لو لحقوا بهم في حالة القتال وانما ينقطع المشاركة
بالاحراز او بقسمة الامام في دار الحرب او ببيعه المغانم
فيها لان بكل منها يتم الملك فينقطع شركة المدد وقوله
لا حق لاهل سوق العسكر في الغنيمة باطلاقه يفيد نفي
السهم الكامل والرضخ وكذا ذكر في المبسوط وعلل بان

Copyright © King Saud University

تعدهم التجارة لا اعزاز الدين وارهاب العدو الا ان و
يقاتلوا فلهم السهم وقال الشافعي يسهم لهم في قوله
لقوله صلى الله عليه وسلم الغنيمة لمن شهد الوقعة
ولانه وجد الجهاد بتكثير السواد وقوله ولنا
انه لم يوجد المجاوزة والنجح واما ما رواه من قوله الغنيمة
لمن شهد الوقعة موقوف على عمر ومثله ليس بـ
حجة عنده لانه لا يرى تقليد الصحابي او تاويله
ان يشهدها على قصد القتال الا ترى ان الكفار لو
يشهد وفيها وليس لهم شيء وان لم يكن للامام حمولة
يقسم الحاما جل عليه من بعير او فرس او بغل او حمار
قوله يقسمها بين الغانمين قسمة ايداع وكلامه واضح وقوله
لانه ابتدا اجارة اي من كل وجه وهذا احتراز عن
اجارة مستانفة في حالة البقاء فانه يجبر على الاجارة
بالاتفاق كما في مسئلة السفينة فان من استاجر
سفينة شهرا فمضت المدة في وسط البحر فانه ينعقد
عليهما اجارة اخرى باجر المثل بغير رضا المالك نظرا
وقوله وصار كما اذا نفقت دابته يعني
في كونه ابتداء اجارة من كل وجه وقوله
ويجوز هم رواية السير الكبير ظاهر ويكون الاجر
من الغنائم يبدا به قبل الخمس لان في هذا الاستئجار
منفعة للغانمين فهو كالاستئجار لاسترداد الحق كما
في مال بيت المال وقوله ولا يجوز
بيع الغنائم قبل القسمة واضح مما تقدم وقوله
ولا ملك فيها لاحد فيه نظر لانه تناقض قوله
فيما تقدم اذ جعل منهما بين الملك والجواب انه ترك

ذكر

ذكر القسمة في دار الحرب وبيع الغنائم فيهما ههنا اعتمادا
على ذكره هناك اولا وثانيا لتمكن المعارضة الحاجة والاعتبار
للاموال الاصلية وقوله وقد بيناه اي في
مسئلة قسمة الغنيمة في دار الحرب وقوله
ولا باس بان يعلف العسكر اي دوابهم العلف في دار
الحرب وقوله ولم يقيده بالحاجة يعني
القدوري في مختصره وقد شرطها يعني محمدا في
رواية هي رواية السير الصغير ولم يشترطها
في اخرى هي رواية السير الكبير ووجه كل منهما
ما ذكره في الكتاب وهو واضح وقوله
وعلف ظهره اي دابته ولفظ الظهر مستعار لها
والمراد الطعام فيعتبر حقيقتها اي الحاجة في
السلاح وقوله والدابة مثل السلاح
يعني في اعتبار حقيقة الحاجة لكن اذا اعتبر حاجة
الركوب اما اذا اعتبر فيها الاكل فهي كالطعام ويستعملوا
الحطب وفي بعض النسخ الطيب قيل ليس بصحيح لان
القدوري نص عليه قال في شرح مختصر الكرخي بعدم
جواز الانتفاع بالطيب فلتهدى النقل من دار الاسلام
جاز استعماله كما في العلف واما الادهان فالمراد به الدهن
الماكول كالزيت لانه لما كان ماكولا كان صرفه الى بدنه
كصرفه الى اكله واذا لم يكن ماكولا لا ينتفع به بل يرده
الى الغنيمة وقوله ويوقحوا به الدواب من
التوقيح تصليب حافرها بالشحم المذاب اذا حفي من كثرة
المشي ونقل عن المصنف بالراء المهملة الترقيح وهو الاصلاح و
هكذا قرانا على المشايخ وقال صاحب المغرب والراء خطا الا ان

Copyright © King Saud University

الاول ههنا اولى والبق قلت هذا التعليل
ان كان منقولا عنه فهو مناقض لان ترك الاولى
لا تسمى خطا وقوله وتاويله الى اخره انما
احتاج المعنى الى هذا التاويل لانه اذا احتاج
الغازي الى استعمال سلاح الغنيمة بسبب
هلاك سلاحه لا يجوز وقوله وقد
بيناه اشارة الى قوله بخلاف السلاح لانه يستصحبه
الى اخره وقوله ولا يجوز ان يبيعوا اي لا يجوز
ان يبيعوا بالذهب والفضة ولا يتمولونه اي يبيعونه
بالعروض وقوله على ما قدمناه يعني انه
لا ملك قبل الاحراز وكلامه واضح وقوله
يباح الانتفاع بهى الفصلين اي في فصل السلاح
وفصل الثياب والدواب قال ومن اسلم منهم
انما احتاج المعنى الى قوله معناه في دار الحرب ليتم
الاحتراز به عن مستامن دخل دارنا بامان فاسلم
فيها ثم ظهر المسلمون على دار الحرب فان اولاده
واموالهم كلها فيء والفيء ما نيل من الكفار بعد ما يضع
الحرب اوزارها وتصير الدار دار الاسلام وقوله
لان الاسلام ينافي ابتداء الاسترقاق لانه يقع
جزاء الاستنكاف عن عبادة ربه فلما استنكف
عن عبودية ربه جازاه الله بان يصيره عبد عبيده
ولما كان مسلما وقت الاسلام لم يوجد شرط
الاسترقاق وهو الاستنكاف فلا يوجد المشروط
واحترز بذلك عن الاسترقاق حالة البقاء فان
الاسلام لا ينافيه كما تقدم وقوله واولاده

الصغار

الصغار وكل مال منصوبان بالعطف على مفعول احرز
وقوله في يد صحيحة احترازا عن يد
الغاصب وقوله محترمة احترازا عن يد الحربي
وقوله وقيل هذا اي كونه عقاره فيئا قول
ابي حنيفة وابي يوسف الاخر قال شمس الائمة
السرخسي في المبسوط والجامع الصغير فما كان في يده
من المال فهو له الا العقار فانه فيء في قول ابي حنيفة
ومحمد وقال ابو يوسف استحسن في العقار ان اجعله
له لانه في ملك محترم له كالمنقول وهذا كما ترى
مخالف لما في الكتاب باعتبار قول محمد الا ان كان عنه
ايضا روايتان فحينئذ هان الخطب اذ ذاك وقوله
عندهما اي عند ابي حنيفة وابي يوسف لان اليد
على العقار انما تثبت حكما ودار الحرب ليست بدار
الاحكام فلا معتبر بيده فيها قبل ظهور المسلمين
عليها وبعد الظهور يد الغانمين فيها اقوى من
يده لعليتهم وعند محمد يثبت وزوجته في لانها
كافرة لا تتبعه في الاسلام لان المسلم يتزوج الكتابية
وتبقى كتابية ولم يصر مسلمة بتبعية الزوج اذ هو
من باب الاعتقاد وكذا حملها في خلافا للشافعي في
الحمل هو يقول انه اي الحمل مسلم بتبعية ابيه والمسلم
لا يسترق كما لو كان منفصلا ولنا انه جزؤها وقد صارت
فيئا بجميع اجزائها الا ترى انه لا يجوز استثناء الجنين
في اعتاق الام كما لا يستثنى سائر اجزائها فكما ان الحمل
لا يصير عبدا باعتاق الام فيما بحاله فكذا
في الاسترقاق لا يصير الجنين مسلما بعد ما ثبت الرق في

Copyright © King Saud University

الام وقوله والمسلم محل للتملك جواب عن
قوله انه مسلم تبعا وتقريره سلمنا انه مسلم تبعا لكن
المسلم محل التملك تبعا لغيره كما اذا تزوج المسلم امة
الغير يكون الولد رقيقا بتبعية الام وان كان مسلما
باسلام ابيه وقوله بخلاف المنفصل جواب
عن قولهما المنفصل وهو ظاهر وكذلك قوله واولاده
الكبار فيء ومن قاتل من عبيده فيء لانه لما تمرد على
مولاه خرج من يده وصار تبعا لاهل الدار واهل الدار
فيء ومن لم يقاتل فليس بفيء لانهم اتباعه وقوله
وما كان من ماله في يد حربي فهو فيء غصبا كان
او وديعة لان يده ليست بمحترمة اعترض بان
ما قام مقام غيره فانما يعمل بوصفه اذا صلح للوصف
غيره كالتراب مع الماء في التيمم فلما كان الحربي مقام
المودع المسلم كان الواجب ان يكون يده كيد المسلم
محترمة نظرا الى نفسه لا غير محترم نظرا الى الحربي
واجيب بان قيام يد المودع على الوديعة حقيقي
وقيام يد المالك عليها حكمي واعتبار الحكمي انا يوجب
العصمة فاعتبار الحقيقي ينفيها والعصمة لم تكن هو
ثابتة لان المال في اصله على صفة الاباحة وعصمته
تابعة لعصمة المالك وانما يثبت العصمة ان لو ثبت
يد المالك المعصوم له حقيقة وحكما مع الاحترام لانه
يكون الاحترام يعارضه جهة الاباحة الاصلية فلا
يثبت بالشك وقوله وما كان غصبا في يد
مسلم اختلف نسخ الهداية في هذه المواضع فبعضها
وقع هكذا وما كان غصبا في يد مسلم او ذمي فهو فيء

عند ابي حنيفة وقالا لا يكون فيئا قال رضي الله عنه كذا
ذكر الاختلاف في السير الكبير وذكر في شروح الجامع
الصغير قول ابي يوسف مع محمد وهو ليس بصحيح لانه
ليس بمذكور في السير الكبير بلفظ قالا بل ليس لابي
يوسف فيه ذكر وبعضها وقع هكذا وذكر قول
ابي يوسف مع قول ابي حنيفة وهو ايضا ليس
بصحيح لان المذكور في شرح الجامع الصغير قول ابي
يوسف مع قول محمد وبعضها وقع هكذا فهو فيء
عند ابي حنيفة وقال محمد لا يكون فيئا قال رضي
الله عنه كذا ذكر الاختلاف في السير الكبير وذكر
في شرح الجامع الصغير قول ابي يوسف مع قول محمد
وهذا هو الصحيح المطابق لرواية السير الكبير وشرح
الجامع الصغير لهما ان المال تابع للنفس لكونه
لها والنفس صارت معصومة بالاسلام فيتبعها
ماله فيها ولابي حنيفة انه اي المال الذي غصبه
المسلم او الذمي من الحربي الذي اسلم مال مباح لانه
ليس بمعصوم لعدم الاحراز حقيقة وحكما اما حقيقة
فظاهر واما حكما فلانه ليس في يد نائبة لكونه
في يد الغاصب وهو ليس بنائب بخلاف المودع
وكل مال مباح يملك بالاستيلاء بلا خلاف وقوله
لم يصر معصوما جواب عن قولهما وقد صارت معصومة
باسلامه وتقريره لا نسلم انها صارت معصومة
باسلامها الا ترى انها ليست بمتقومة حتى لا يجب القصاص
والدية على قاتله في دار الحرب فان قيل لو لم تكن معصومة
لما كانت تحرم التعرض لحربي وليس كذلك اجاب بقوله الا انها

Copyright © King Saud University

يحرم التعرض لاهل الحرب يعني حرمة التعرض ليست لكونهما
معصومين وانما هي باعتبار ان النفس محل الطاعة
يحرم التعرض لمن في الاصل لكونهما مكلفا مكلفة ليقوم بما
كلفت بها واباحة التعرض انما هي بعارض شره م
وقد اندفع بالاسلام فعادتا الى اصلهما لا باعتبار
انهما معصومة بخلاف المال لانه [illegible] عرضة للامتهان
فكان [illegible] للتملك فكان المتقوم [illegible] وان المانع و
منتف لان المانع كونه في يده حقيقة [illegible] حكما مع
الاحترام وهذا ليس في يده حكما لان يد الغاصب م
ليست بنائبة عن يد المالك فلم يثبت العصمة فيجعل
كانه ليس في يد احد وكان فيئا وقوله
واذا خرج المسلمون ظاهر وقوله معناه اذا
لم يخمس يعني الغنيمة وقوله اعتبارا بالمتلصص فانه م
اذا دخل الواحد والاثنان دار الحرب مغيرين بغير
اذن الامام فاخذوا شيئا فهو لهم ولا يخمس لانه
ليس بغنيمة اذ الغنيمة هو المأخوذ قهرا باذن م
الامام بل هو مباح سبقت ايديهم اليه وقوله
وبعد الغنيمة تصدقوا به اي اذا حيا وايما فضل من
طعام او علف اخذوا من الغنيمة قبل قسمة الامام
الغنيمة في دار الاسلام تصدقوا به ويقال رجل محوج
اي محتاج وقوم محاويج وقوله لتعذر الرد
على الغانمين يعني لتفرقهم وقوله فاخذ حكمه
اي اخذت الغنيمة حكم الاصل وانما ذكر حكم الغنيمة على
تاويل ما يقوم او ثمنا ويدل المذكور يعني لو كان فاضل الغنيمة
الذي كان معه قائما بعينه وهو فقير حل له التناول م

منه

منه فكذا يحل له التناول من قيمته لان الغنيمة تقوم مقام
الاصل **فصل** في كيفية القسمة [illegible]
احكام الغنائم لا بد من بيان كيفية قسمتها والقسمة
عبارة عن جمع النصيب الشائع في مكان معين وتقسم
الامام الغنيمة فيخرج خمسها لقوله تعالى فان لله
خمسه استثنى الخمس اي اخرجه استعارة الاستثناء
للاخراج لوجود معناه فيه ويقسم الاربعة الاخماس
بين الغانمين بالكتاب والسنة والاجماع اما الكتاب
فلان الله تعالى قال واعلموا انما غنمتم من شيء
اضاف الغنيمة الى الغانمين وهم الغزاة ثم قال
فان لله خمسه فكان بيانا ضرورة ان بقية
الاخماس للغزاة وقد عرف ذلك في اصول
الفقه واما السنة فلان النبي صلى الله عليه وسلم
قسمها بين الغانمين ولان الاربعة الاخماس و
للغانمين بالاجماع فيقسم بينهم ايضا لا للحاجة الى بيان
ثم كيفية القسمة ان يعطي الفارس سهمين والراجل
سهما عند ابي حنيفة وقالا وهو قول الشافعي ره
للفارس ثلاثة اسهم ورجحا في ذلك ما ذكر في م
الكتاب والغنى الاحراز الكفاية والكر الحملة والفر بمعنى
الفرار اذا كان لاجل ان يكون الكر اشد كان من م
الجهاد والفرار في موضعه محمود لئلا يرتكب النهي
المذكور في قوله تعالى ولا تلقوا بايديكم الى التهلكة
ولابي حنيفة ما روي عن ابن عباس او ظاهره
ونحو طريقه استدلاله بمخالفة لفوا تعد الاصول
فان الاصل ان الدليلين اذا تعارضا وتعذر التوفيق

Copyright © King Saud University

والترجيح يصار الى ما بعده لا الى ما قبله وهو قال الشافعي
فقال في جواب قوله والمتمسك المشهور فيه ان
يستحق له بتركه ... ويقول ... عندنا لا دارهم قوله
لكن القول اقوى مع الاتفاق وقوله واذا
تعارضت روايتان يرجح رواية ... غيره اي سلمت
عن المعارضة فيعمل بها يعني رواية ابن عباس
وقوله فيكون عنا في مثلي عنا الراجل لان
... الفرس ليس بمعمود بل العرار ... اذا فعل
لاجل الكر فيكون من جنس واحد ولانه يتعذر
اعتبار مقدار الزيادة لتعذر معرفته يعني قد يزيد
الفارس على فارس والراجل على راجل اخر في العنا
ولا يوقف على ذلك الزيادة متعذر لانها تظهر
عند المسايفة وكل منهم مشغول بوجه واذا كان
متعذرا يدار الحكم على سبب ظاهر وللفارس
نفسه والفرس وللراجل سبب واحد وهو نفسه
فكان استحقاق الفارس على ضعفه وقوله
ولا يسهم الا لفرس واحد واضح وحاصل الدليلين
وقوع التعارض بين روايتي فعله صلى الله عليه وسلم
والرجوع الى ما بعدها وهو القياس بقوله ولان
القتال لا يتحقق بفرسين دفعة واحدة فلا يكون
السبب الظاهر وهو مجاوزة الدرب مفضيا الى
زيادة العنا بالقتال عليهما فيسهم لواحد ولهذا
لا يسهم لثلاثة افراس وقوله وما رواه
محمول على التنفيل الى اخره ... تقوية الدليل
لان ما رواه لما سقط بالمعارضة لا يحتاج الى جواب

عنـ

٧١

عندنا وتاويل لهم والبراذين والعتاق سواء البراذين جمع
برذون وهو فرس ... العجمي ... الكرايم ...
الطير والخيل لكرايمها والعراب خلاف ...
ما يكون ابوه من ... واحدة عربية والكودن
البرذون ويشبه به البليد والمقرف ... الهجان
وانما تصدى بذكر التسوية بين البرذون والعتاق
لان اهل الشام يقولون لا يسهم للبراذين ... وفيه
حديثا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ...
ومحسنا ما ذكره في الكتاب وهو واضح وقوله
الى عطفا بفتح العين وكسرها فمعنى الفتح الامالة
ومعنى الكسر الجانب قال ومن دخل دار الحرب
فارسا هذا البيان وقت اقامة السبب مقام ...
زيادة السهم وهو وقت مجاوزة الدرب عندنا
وقوله هكذا اي كقول الشافعي روى
ابن المبارك عن ابي حنيفة في الفصل الثاني بعينه
اذا دخل دار الحرب راجلا ثم اشترى فرسا وقاتل
فارسا في ظاهر الرواية لا يستحق سهم الفرسان والحاصل
ان المعتبر عندنا في وقت السبب مقام ذلك حالة
المجاوزة اي مجاوزة الدرب قال الخليل الدرب هو
الباب الواسع على السكة وعلى كل مدخل من مداخل
الروم درب من دونها لكن المراد بالدرب ههنا
البرزخ الحاجز بين الدارين دار الاسلام ودار
الحرب حتى لو جاوزت الدرب دخلت في دار الحرب
ولو جاوزنا اهل دار الحرب الدرب دخلوا في حد دار
الاسلام وعند حالة انقضا الحرب اي تمامها وهذه

Copyright © King Saud University

روايته والظاهر من مذهبه ان يعتبر مجرد الوقعة
وقوله اذ دل على ذلك وكان الاشارة بقوله
دار الانقضاء الحرب اي احدى الروايتين عنه وبالدليل
الى الاستيلاء لان قوله فيه بحال الشخص [illegible]
[illegible] القتال اشارة الى حال شهود الوقعة لان
حال القتال ايها وقوله والمجاوزة وسيلة
[illegible] هنا وقوله كالخروج من البيت
بمعنى له مثال فانه وسيلة الى السعي [illegible]
في اعتبار حال العادي من كونه فارسا او راجلا
فكذلك في هذه الوسيلة وقوله وتعليقه
الاحكام جواب عما يقال [illegible] تعليلنا ان الوقوف على
حقيقة القتال متعسر وبيانه ان الاحكام
تعلقت بوجود القتال حقيقة كما الرضخ للصبي
اذا قاتل وكذلك المرأة والعبد والذمي ولو كان ذلك
متعسرا لما ترتبت عليه الاحكام ولئن سلمنا عسره
لكن يجب تعلق حكم كونه راجلا او فارسا بحالة هي
اقرب الى القتال وهي شهود الوقعة لا مجاوزة
الدرب وبيانه ان المجاوزة نفسها قتال لان القتال
اسم لفعل يقع به للعدو خوف وهيبة ومجاوزة الدرب قهرا
وشوكة يحصل لهم الخوف فكان قتالا واذا وجد اصل
القتال فارسا لم يتغير حكمه بتغير احواله بعد ذلك لان
ذلك حالة دوام القتال ولا معتبر بها لانه لا يمكن تعليق
الحكم بدوام القتال لان الفارس لا يمكنه ان يقاتل فارسا
دائما لانه لا بد له من ان ينزل في بعض المضائق خصوصا
في المشجرة او على الحصن او في البحر وقوله ولان

الوقوف

الوقوف على حقيقة القتال واضح على ما ذكره وقوله
فتوهم [illegible] بعض [illegible] اما قوله
الكتابة فشهود [illegible] الوقعة وقع كالمحوق ولا مثلهم منع
في القتال لوجود التوهم وقوله لانها عاجزة عن
حقيقة القتال ظاهر واعترض عليه بانها لو كانت عاجزة
عنه لما صح امانها لانه انما يصح ممن يخاف عليه القتال
لقدرته على القتال واجيب بان الامان انما صحته لم
لا يتوقف على القدرة على حقيقة القتال بل يثبت بشبهة
القتال لانه انما يثبت بالمسلمين وهي ليست بعاجزة
عن شبهة القتال بيانها او عبيدها واما السهم في الغنيمة
فانما يستحق بحقيقة القدرة على القتال وهي عاجزة
عنها ولا يبلغ به السهم اذا قاتل لانه جهاد فلا يبلغ به
سهمه سهم المجاهدين والاول ليس من عمل اهل
الولاية ليست من عمله الجهاد فكانت عملا كسائر الاعمال
فيبلغ اجره بالغا ما بلغ قال واما الخمس فيقسم
على ثلاثة اسهم [illegible] الاحكام اربعة الاخماس واما
الخمس فيقسم على ثلاثة اسهم سهم لليتامى وسهم
للمساكين وسهم لابناء السبيل يدخل فقراء ذوي القربى
فيهم اي في الاصناف الثلاثة ومعنى هذا الكلام
ان ايتام ذوي القربى يدخلون في سهم اليتامى وتعد
موته عليهم ومساكين ذوي القربى يدخلون
في سهم المساكين وابناء السبيل منهم يدخلون في ابناء
السبيل وسبب الاستحقاق في هذه الاصناف الثلاثة
الاحتياج غير ان سببه مختلف في نفسه من اليتم
والمسكنة وكونه ابن السبيل ثم انهم مصارف لا مستحقون

King Saud University

دني انه لو صرف الى صنف واحد منهم جاز عندنا كما في م
الصدقات ولا يدفع الى اغنيائهم وقال الشافعي و
له خمس الخمس يستوي فيه غنيهم وفقيرهم ويقسم
بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ويكون لبني هاشم وبني
المطلب دون غيرهم من بني عبد شمس وبني نوفل
لذوي القربى من غير فصل بين الغني والفقير
فيشترك [illegible] كان ولنا ان الخلفا الراشدين قسموا الخمس و
على ثلاثة على نحو ما قلنا وكفى بهم قدوة ولم ينكر عليهم
احد فكان اجماعا وقوله وقد قال م
النبي صلى الله عليه وسلم دليل على انه لم يصرف م
الى اغنيائهم شيء لانه قال يا بني هاشم ان الله كره لكم
غسالة ايدي الناس واوساخهم وعوضكم منها بخمس
الخمس والعوض انما يثبت في حق من يثبت في حق
من يثبت في حقه المعوض وهم الفقرا يعني ان المعوض
وهو الزكوة لا يجوز دفعها الى الاغنيا فلذلك يجب
ان يكون عوض الزكاة وهو خمس الغنايم لا يدفع اليهم
لان العوض انما يثبت في حق من فات عنه المعوض
والا لا يكون عوضا لذلك المعوض فان قيل هذا الحديث
اما ان يكون ثابتا صحيحا اولا فان كان الاول وجب ان
يقسم الخمس على خمسة اسهم وانتم تقسمونه على ثلاثة م
اسهم وهو مخالفة منكم للحديث الثابت الصحيح وان كان
الثاني لا يصح الاستدلال به اجيب بان لهذا
الحديث دلالتين احدهما اثبات العوض في المحل الذي
فات عنه المعوض على ما ذكرنا والثانية جعله
على خمسة اسهم ولكن قام الدليل على انتفا قسمة م

الخمس

الخمس على خمسة اسهم وهو فعل الخلفا الراشدين م
كما تقدم ولم يقم الدليل على تغيير العوض عن فات
عنه المعوض فقلنا به كما تمسك الخصم على تكرار الصلاة
على الجنازة بما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
صلى على حمزة سبعين صلاة وهو لا يقول الصلاة لم
على الشهيد ولكن يقول للحديث دلالتان فاحديهما
باقية وان انتفت الاخرى فان قيل لو كان ما ذكرتم
صحيحا يلزم مقدما ثم لما اعطاهم النبي صلى الله عليه وسلم
وقد ثبت انه عليه السلام اعطى بني هاشم وبني
المطلب اجاب بقوله والنبي صلى اعطاهم للنصرة
الذي انه عليه السلام علل فقال انهم لن يزالوا م
معي هكذا في الجاهلية والاسلام وشبك بين اصابعه
ى فعنه ما روي عن جبير بن مطعم انه قال لما كان
يوم خيبر وضع رسول الله صلى الله عليه وسلم سهم م
ذوي القربى في بني هاشم وبني المطلب اجاب
بقوله والنبي اعطاهم للنصرة الا ترى انه عليه السلام
علل فقال انهم لن يزالوا معي هكذا في الجاهلية والاسلام
وشبك بين اصابعه وترك بني نوفل وبني عبد
شمس فانطلقت انا وعثمان بن عفان حتى اتينا م
رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلنا يا رسول الله
هولاء بني هاشم لا ننكر فضلهم للموضع الذي وضعك
الله به فيهم فما بال اخواننا بني المطلب اعطيتهم وتركتنا
وقرابتنا واحدة فقال عليه السلام انا وبنو المطلب
لا نفترق في جاهلية ولا اسلام وانما نحن وهم شيء واحد
وشبك بين اصابعه واشار الى نصرتهم فاذا كان كذلك

Copyright © King Saud University

دل على ان المراد بالنص اعني قوله ولذي القربى
قرب النصرة لا قرب القرابة والمراد بالنصرة نصرة
الاجتماع في الشعب لا نصرة القتال يشير اليه قوله
لا يفترق في جاهلية ولا اسلام ولهذا يصرف الى النسا
والذراري واذا ثبت ان النبي صلى الله عليه وسلم
اعطاهم للنصرة لا للقرابة وقد انتهت النصرة انتهى
الاعطا لان الحكم ينتهي بانتهاء علته قال فاما ذكر
الله في الخمس لما فرغ من بيان وجه سقوط سهم
ذوي القربى بين وجه سقوط ما سوى الثلاثة
المذكورة في النص فقال فاما ذكر الله في الخمس يعني
قوله فان لله خمسه فانه لافتتاح الكلام تبركا بذكره
وسهم النبي صلى الله عليه وسلم سقط بموته كما سقط
الصفي بالاجماع لانه صلى الله عليه وسلم كان يستحقه
برسالته لان الحكم متى ترتب على المشتق منه
علة ولا رسول بعده والصفي شيء كان يصطفيه
لنفسه عليه السلام مثل درع او سيف او جارية
اصطفى ذا الفقار من غنائم بدر واصطفى صفية من
غنائم خيبر وقال الشافعي يصرف سهم الرسول
الى الخليفة والحجة عليه ما قدمناه انه كان يستحقه
برسالته وسهم ذوي القربى كانوا يستحقونه
في زمن النبي صلى الله عليه وسلم بالنصرة لما روينا
ان النبي صلى الله عليه وسلم اعطاهم للنصرة فان قال
قوله بسهم ذوي القربى وقع مكررا وحقه وتقليله
لانا نقول ما ذكره اولا كان في ضمن الاستدلال
على القسمة وعلى ثلاثة اسهم وهذا نقل لكلام صاحب

القدوري

٧٤

القدوري قال اي القدوري وبعده اي بعد زمن
النبي صلى الله عليه وسلم بالفقر قال المصنف وهذا
اي استحقاقهم بالفقر قول الكرخي وقال الطحاوي
سهم الفقير منهم ساقط ايضا لما روينا من الاجماع
يعني قوله ولنا ان الخلفاء الاربعة الراشدين قسموه
على ثلاثة ولا يظن بهم انه خفي عليهم النص او منعوه
حق ذوي القربى فكان اجماعهم والاصل انه لو
لم يبق استحقاق لاغنيائهم وفقرائهم ومنع الشافعي
وسنده ما روي عن ابي جعفر محمد بن علي قال
كان راي اهل بيته ولكن كره ان يخالف ابا بكر وعمر
والاجماع بدون اهل البيت لا ينعقد وكيف يحل
للمجتهد ان يترك راي نفسه براي مجتهد اخر قلنا
ما له فان ثبت ما روي دل انه كره المخالفة لا راي
المجتهد معهما فقد خالفهما في كثير من المسائل حين
ظهر الدليل عنده قوله ولان فيه
اي في سهم ذوي القربى معنى الصدقة لان
الهاشمي الذي يصرف اليه فقير اذ لو لم يكن فقيرا لا يجوز
صرفه اليه بعد النبي صلى الله عليه وسلم باتفاق
الروايات عن اصحابنا فلما كان فيه معنى الصدقة
حرم ذوي القربى اياه كما حرم الهاشمي العامل على
الصدقة العمالة وهو ما يعطى على عمله وقد مر
في الزكاة وهذا الدليل ان كان بالنسبة الى الشافعي
فليس بذلك لان كون المصرف فقيرا في محل النزاع عنده
فانه يسوي بين الغني والفقير وجه الاول يعني قول
الكرخي وقيل هو الاصح ما روي ان عمر اعطى الفقرا [illegible]

Copyright © King Saud University

انعقد على سقوط حقه الاغنيا يعني اجماع الخلفا الاربعة
الراشدين كما مر واما فقراؤهم فيدخلون في الاصناف
الثلاثة كما تقدم في اول البحث وذكر هذه الزيادة
للايضاح واما قال قيل وهو الاصح لان صاحب المبسوط
اختار قول ابي بكر الرازي ان الفقرا لم يكونوا مستحقين
وانما كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصرف
اليهم مجازاة على النصرة التي كانت منهم ولهم
نبه بذلك بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم
وهو مختار القدوري كما اشار قوله وسهم ذوي
القربى كانوا يستحقونه في زمن النبي صلى الله
عليه وسلم بالنصرة وقوله واذا دخل
الواحد والاثنان ظاهر وقوله والمشهور
انه يخمسه ظاهر ووجه الرواية الاخرى ان
العدد اليسير انما يدخلون لاكتساب المال و
لا عزاز الدين فصاروا كتاجر لا يقدر على القهر والغلبة
فان قلت قوله تعالى واعلموا انما غنمتم
من شيء مطلق فيجب الخمس وجد الاذن او لم يوجد
اجيب بان الغنيمة اسم هو الماخوذ
قهرا وغلبة وما اخذه اللص سرقة وما اخذه
الواحد والاثنان خلسة فلا يدخل تحت الغنيمة
وقوله وان دخل جماعة لها منعة الخ
السرخسي نقل الناطفي عن كتاب الخراج لابي شجاع
كان ابو حنيفة يقول اذا دخل الرجل وحده فغنم
ولا عسكر في ارض الكفر للمسلمين لا يخمس فيما
اخذه حتى يصيروا سمعه فاذا بلغوا ذلك فهم

سرية

سرية وقوله اذا لم يحدثهم اي بتركه عونهم كان
فيه وهن المسلمين اي ضعفهم **فصل**
في التنفيل التنفيل نوع من التصرف في الغنايم فقدمه
مما قبله بفصل على حدة قوله نفل الامام الغازي اي اعطاهم و
زادوا على سهمه بقوله من قتل قتيلا فله كذا وقوله
لا باس بان ينفل الامام يدل على ان قول من قال
لفظ لا باس يستعمل فيما يكون تركه اولى ليس بجاري على
عمومه فان التنفيل قبل احراز الغنيمة مستحب لانه تحريض
والتحريض مندوب اليه بقوله تعالى يا ايها النبي حرض
المومنين على القتال فان قيل الامر المطلق
للوجوب فما الصارف عنه الى الاستحباب فالجواب
انه يعارضه دليل قسمة الغنايم بما ذكر يعني التنفيل
بالسلب وقد يكون بغيره نحو الذهب والفضة لان
النبي صلى الله عليه وسلم نفل عن ابن مسعود يوم بدر
سيف ابي جهل وكان عليه فضة ولا ينبغي للامام
ان ينفل بكل الماخوذ لان فيه ابطال حق الكل وان
فعله مع السرية جاز لما ذكر في الكتاب وذكر في
السير الكبير اذا قال الامام للعسكر جميعا ما اصبتم
فهو لكم نفلا بالسوية بعد الخمس لا يجوز لان المقصود
من التنفيل التحريض على القتال وانما يحصل ذلك
اذا خص البعض بالتنفيل وكذلك اذا قال ما اصبتم
فهو لكم ولم يقل بعد الخمس لان فيه ابطال الخمس الذي
اوجبه الله تعالى في الغنيمة وابطال حق ضعفا المسلمين
وذلك لا يجوز وقوله لانه لاحق للغانمين
في الخمس فيه نظر فانه ان لم يكن فيه ابطال حق الغانمين

ففيه ابطال حق الاصناف الثلاثة وذلك لا يجوز اجيب
بانه يجوز باعتبار ان المنفل له يجعل واحدا من
الاصناف الثلاثة ولم يكن ثمة ابطال حقهم اذ
يجوز صرف الخمس على احد الاصناف لما تقدم انهم
مصارف لا مستحقون لكن ينبغي ان يكون المنفل
له فقيرا لان الخمس حق المحتاجين لا حق الاغنيا
فجعله للغني ابطال حق المحتاجين وقوله
وقال الشافعي ظاهر وقوله وما رواه
يحتمل نصب الشرع ويحتمل التنفيل قيل وهو الظاهر لان
مثل ذلك انما يكون نصب الشرع اذا قال بالمدينة
في مسجده ولم ينقل عنه ذلك الا يوم بدر وحنين
للحاجة الى التحريض وكما قال ذلك يوم بدر فقد
قال من اخذ اسيرا فهو له ثم كان ذلك منه على
وجه التنفيل فكذلك في السلب فيحمل على الثاني
يعني على التنفيل لما رويناه من حديث حبيب
اي ابن سلمة دفعا للتعارض وقوله
وزيادة الغنا جواب عن قوله لان القاتل مقبلا
اكثر عناء وقوله لما ذكرنا اشارة الى
ما تقدم من قوله ولانه ينفذ اعتبارا بمقدار الزيادة
او من قوله لان الكر والفر من جنس واحد في حق
كيفية القسمة وقوله لما مر من قبل اشارة
الى ما ذكره في باب الغنائم وقسمتها بقوله ولان الاستيلا
اثبات اليد الحافظة والناقلة فلما لم يثبت به الملك
عنه قبله ان اليد لاستقرار كونه لما يثبت بالقسمة
في دار الحرب وهو ليس بمتفق عليه لان من اصحابنا من

يقول

يقول قسمة الامام لا تعدم المانع من تمام القهر وهو
كونهم مقهورين دارا وكانه لم يعتبر ذلك الاختلاف
لعدم شهرته وقوله ووجوب الضمان
مرفوع على الابتدا وقوله فقد قيل على
هذا الاختلاف خبره وفي بعض النسخ وقد قيل
بالواو فيكون معطوفا على قوله الملك اي يثبت
الملك ووجوب الضمان للمنفل له على من اتلفه
من الغزاة تسلية الذي اصحابه والاول اولى وانما
ذكره دفعا لشبهة ترد على قول ابي حنيفة وابي
يوسف وبيان ذلك ان محمدا ذكر في الزيادات
ان المتلف سلب نفله الامام يضمن لدى الحنفية ما اكد
ولم يذكر فيه الخلاف فورد الضمان شبهة عليهما لان
الضمان دليل تمام الملك فينبغي ان يحل الوطي على
مذهبهما ايضا بعد الاستيلا فقال في دفع ذلك انه
ايضا على الاختلاف عند محمد يضمن وعندهما لا يضمن

باب استيلا الكفار

لما فرغ من بيان
استيلائنا على الكفار اعقبه بذكر عكسه لاشتماله
على احكام مختلفة فكان حقيقا بتبويب باب له وافتتح
بذكر استيلا الكفار بعضهم على بعض كراهة ان
يفتتح بذكر غلبة الكفار على المسلمين والترك جمع التركي
والروم جمع الرومي اي الرجال المنسوب الى بلادهم والمراد
به كفار الترك ونصارى الروم وكلامه واضح وقوله
حل لنا ما نجده من ذلك اي مما اخذه الترك من اهل
الروم لان الماخوذ صار ملكا للترك كسائر اموالهم وقوله
لان الاستيلا محظور ابتدا اي في دار الاسلام وانتها

Copyright © King Saud University

اي في دار الحرب بعد الاحراز وقوله على ما في
يده قاعدة الخصم ان المحظور ولو بوجه لا يبقى سببا
للملك كما في البيع الفاسد واما المحظور من كل وجه
بان يكون محظورا باصله ووصفه كما في البيع الباطل
كالبيع بالميتة او الدم فانه لا يوجب الملك بالاتفاق
ولنا ان الاستيلاء ورد على مال مباح وورود
الاستيلاء على مال مباح ينعقد سببا للملك دفعا
لحاجة المكلف كاستيلائنا على اموالهم وقوله
وهذا اشارة الى ان الاستيلاء ورد على مال مباح
وبيانه ان العصمة في المال لكل من يثبت له من المسلم
والكافر انما يثبت على منافاة الدليل فان الدليل
وهو قوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعا
يقتضي ان لا يكون مال ما معصوما لشخص وانما يثبت
العصمة لضرورة تمكن المالك من الانتفاع فاذا زالت
المكنة بالاستيلاء عاد مباحا كما كان غير ان الاستيلاء
لا يتحقق الا بالاحراز بالدار لانه اي الاستيلاء عبارة
عن الاقتدار على المحل حالا ومآلا والكفار ما داموا
في دار الاسلام اقتدروا على المحل حالا وانما يقتدرون
عليه مآلا بالاحراز لانهم ما داموا في ديارنا فهم مقهورون
بالدار والاسترداد بالنصرة محتمل وقوله
والمحظور لغيره جواب عن قول الخصم ان الاستيلاء
محظور وتقريره سلمنا انه محظور لكنه محظور لغيره
مباح في نفسه على ما ذكرنا والمحظور لغيره اذا صلح
سببا لكرامة تفوق الملك كالصلاة في الارض
المغصوبة فانها تصلح سببا لاستحقاق اعلى النعم

وهو

وهو الثواب في الآخرة فلان يصلح سببا للملك في الدنيا
اولى فان قيل لو ثبت الملك للكافر بالاستيلاء
على مال المسلم لما ثبت ولاية الاسترداد للمالك
القديم من الغازي الذي وقع في قسمته او من الذي
اشتراه من اهل الحرب بدون رضا الغازي اجيب
بان ثبوت حق الاسترداد لحق المالك القديم لا يدل على
قيام الملك للمالك القديم الا يرى ان للواهب الرجوع
في الهبة والاعادة الى قديم ملكه بدون رضا الموهوب
له مع زوال ملك الواهب في الحال وكذا الشفيع يأخذ
الدار من المشتري بحق الشفعة بدون رضا المشتري
مع ثبوت الملك له وقوله فان ظهر عليها
المسلمون واضح وقوله لانه ثبت له ملك
خاص فلا يزال الا بالقيمة قيل عليه بان الملك يثبت
للموهوب له مجانا فلا يقيمه وبالاخذ منه مجانا يتعدى
ما يثبت لاخذ الغزاة بالقسمة لان هذا الحق انما يثبت
له نظرا لما انقطع من حقه عما في ايدي الباقين واجيب
بان الملك ههنا ايضا يثبت بالعوض معنى لما ان المكافاة
مقصودة في الهبة وان لم يكن مشروطة فجعل ذلك
معتبرا في اثبات حقه في القيمة وقوله ولو
كان مثليا يعني لو كان ما اخذه الكفار من المسلمين
مثليا اي مأخوذا بالقهر والغلبة وهو مثلي كالذهب
والفضة والحنطة والشعير يأخذه قبل القسمة ولا يأخذها
بعدها لان الاخذ بالمثل غير مفيد وكذلك اذا كان م
وهوبا لا يأخذه لما بينا ان الاخذ بالمثل غير مفيد وكذا
اذا كان مشتري بمثله قدرا ووصفا يعني اذا كان ما اخذه

الكفار من المسلمين مثلا فاشتراه منه مسلم بمثله قدرا
ووصفا ثم جاء صاحبه القديم ليس له ان ياخذه منه
لانه غير مفيد وانما قيد بقوله قدرا ووصفا احترازا
عما لو اشتراه المسلم باقل قدرا منه او بجنس اخر او
بجنسه ولكنه اردى منه وصفا فان له ان ياخذه بمثل
ما اعطاه المشتري ولا يكون ذلك ربوا لانه انما فدي به
ليستخلص ملكه ويعيده الى قديم ملكه لانه يشتريه
ابتدا قال فان اسروا عبدا اذا اخذ الكفار عبدا
ودخلوا به دار الحرب فاشتراه رجل واخرجه الى
دار الاسلام ففقئت عينه واخذ ارشها فان المولى
ياخذه بالثمن الذي اخذه به من العدو واما الاخذ
بالثمن فلما قلنا ان المشتري يتضرر بالاخذ مجانا
ولا ياخذ الارش لان الملك فيه صحيح فكان من
الارش حاصلا في ملكه وليس فيه الاعادة الى
قديم الملك حتى يكون المولى احق به كالرقبة ومع
هذا لو اخذه قائما ياخذه بمثله لان الارش دراهم
او دنانير فهو لا يفيد وقوله ان الملك
فيه صحيح احترازا عن المشتري شرا فاسدا فان
الاوصاف هناك مضمونة ولا يحط شي من الثمن لان
الاوصاف لا يقابلها شي من الثمن واستشكل هذا التعليل
ههنا لان الاوصاف انما لا يقابلها شي من الثمن اذا لم تصر
بالتناول مقصودا الا يرى انه لو اشترى عبدا ففقئت
عينه واخذ الارش ثم قصد بيعه مرابحة فانه يحط
من الثمن بما يحط من الثمن بما يخص العين لانها صارت
مقصودة بالتناول بخلاف ما اذا اعورت واجاب

بعضهم

بعضهم بانه انما يحط في المرابحة للشبهة لانه صار كانه اشترى
شيئين بالف ثم باع احدهما بذلك الثمن فانه لا يجوز بيع
الاخر مرابحة لما ان الشبهة ملحقة في باب المرابحة
تحرزا عن شبهة الخيانة ولا كذلك ههنا لا اعتبار للشبهة
فيه بخلاف الشفعة فان الاوصاف يقابلها شي من الثمن
فيها حتى لو استهلك المشتري شيئا من الدار يسقط حصته
من الثمن لان المشتري في الذي وجبت الشفعة فيه فهو
بمنزلة المشتري شرا فاسدا من حيث ان كل واحد
منهما واجب الرد والاوصاف تضمن في المشتري شرا
فاسدا كما في الغصب فان من غصب جارية فذهب
احدي عينيها ضمن نقصان قيمتها فان قيل شرا
التاجر ههنا ايضا بمنزلة شرا المشتري شرا فاسدا في المعنى
المذكور وهو وجوب الرد اجيب بان الحاق
مسالة الشفعة بالمشتري شرا فاسدا من حيث
وجوب الرد الى الشفيع ومن حيث وجوب عرض
البايع الدار على الجار اولا ثم البيع ان رغب عنه الجار
فاذا لم يفعل ذلك مكروها فصار كتمكن الفساد في
العقد ولا كذلك بيع الكافر من التاجر فانه لا يجب
عليه العرض على المالك قيل في مسالة الشفعة
ايضا اذا كان هلاكه بغير فعل المشتري بآفة سماوية فهو
لا يقابل الاوصاف شي من الثمن فلم يكن مخالفة لمسالة
التاجر واجيب بانها مخالفة في صورة العمد لان التاجر
اذا فقا عين الجارية لا يلزمه حط شي من الثمن بخلاف
ما اذا استهلك المشتري بعض الابنية في الشفعة فانه يحط
حصته من الثمن وقوله وان اسروا عبدا صورته

ظاهره واعترض على قوله وللمشتري الاول ان ياخذه من الثاني بالثمن بانه لو ثبت له حق الاخذ الذي اشتراه من العدو اولا لتضرر المالك لانه ياخذه بالثمن ويجيب بان رعاية حق من اشتري من العدو اولا اولي لان حقه يعود في الانف التي بعدها بلا عوض يقابلها والمالك القديم يلحقه الضرر ولكن بعوض يقابله وهو العبد فكان ما قلناه اولي وقوله وكذا من سواه من اي من سوي الحرز وقوله بخلاف رقابهم اي رقاب احرار الكفار ومدبريهم وامهات اولادهم وقوله ولا حاجة من هولا اي من مدبرينا وامهات اولادنا ومكاتبينا واحرارنا فلا يملكهم الكفار وان استولوا عليهم واذا لم يملكهم الكفار الغزاة ايضا حتى لو كان احدهم اهل الحرب من دار الاسلام ثم ظهر عليهم فهم لملاكهم قبل القسمة وبعدها بغير شي قال واذا ابق لعبد لمسلم فدخل اليهم اذا ابق عبد لمسلم قالوا قيد مسلم اتفاقي لان عبد الذمي كذلك فدخل اليهم فاخذوه لم يملكوه عند ابي حنيفة وقالا يملكونه لان العصمة لحق المالك وهو ظاهر وقوله لان سقوط اعتباره اي اعتبار يد العبد لتحقق يد المولي عليه تمكينا له من الانتفاع وقد زالت يد المولي فظهرت يده على نفسه لانه حين دخل دار الحرب فقد زالت يد المولي عنه لا الي من يخلفه لان يد المولي عبارة عن القدرة على التصرف في المحل كيف شاء ولم يبق ذلك لا محالة فيصير في يد نفسه وهي يد محترمة تمنع الاحراز فيمتنع التملك لانه لا ملك بدون الاحراز

فان

السابع مع المحرم الثامن

٧٩

لا يجري بينهما او نفي نسب ولدها وطالبته بموجب القذف فعليه اللعان فان قيل اللعان يجري بين الاعجميين والفاسقين وليسا من اهل الشهادة وتخصيص المراة بكونها ممن يحد قاذفها عن محمد لكونه شرطا في جانب الرجل ايضا حتي لو كان ممن لا يحد قاذفه لا يجري وان كانت ممن يحد قاذفها اجيب عن الاول بانهما من اهل الشهادة ولو حكم الحاكم بشهادتهم جاز كذا في شرح الطحاوي والجامع الصغير لقاضي خان وعن الثاني بانه انما شرط كونها ممن يحد قاذفها لئلا يخلو القذف عن ايجاب حكم فانها اذا لم يكن كذلك لم يلزم الرجل حد ولا لعان لان اللعان قائم في حقه مقام حد القذف وهو يقتضي احصانها بخلاف ما اذا لم يكن الرجل ممن يحد قاذفه وقذف فانه يحد حد القذف فلم يخل القذف عن ايجاب حكم وقوله والاصل اعلم ان موجب قذف الرجل زوجته كان حد القذف في الابتدا كما في الاجنبية لعموم قوله تعالي والذين يرمون المحصنات الاية ولما روي عن ابن مسعود قال كنا جلوسا في المسجد ليلة الجمعة اذ دخل انصاري فقال يا رسول الله ارايت الرجل يجد مع امراته رجلا فان قتل قتلتموه وان تكلم جلدتموه وان سكت سكت عن غيظ ثم قال اللهم افتح فنزلت اية اللعان ولانه صلى الله عليه وسلم قال لهلال بن امية حين قذف امراته بشريك ابن سحما ايت باربعة من

المشهود يشهدون على صدق مقالتك والا فحد على
ظهرك فقال الصحابة الان يجلد هلال ابن امية
فيبطل شهادته في المسلمين فيثبت ان موجب
القذف في الزوجة كان الحد ثم انتسخ ذلك باللعان
منتظرا فاتى اية اللعان فوجد ما دل على ان الاصل
في اللعان ان يكون شهادات موكدات بالايمان
مقرونة باللعن قائمة مقام حد القذف في حقه
الرجل ومقام حد الزنا في حقها لان الله تعالى
قال والذين يرمون ازواجهم ولم يكن لهم شهداء
الا انفسهم ووجه الاستدلال ان الله تعالى استثنى
الازواج من الشهداء والاصل في الاستثناء ان
يكون من الجنس ولا شهداء الا باسم الشهادة ولا شهادة
فيما نحن فيه الا من جهة الاستثناء ان يكون
من الجنس ويوجبه ان كلمات اللعان تدل انها
شهادات اكدت بالايمان نفيا للتهمة وقال
الله تعالى فشهادة احدهم اربع شهادات بالله
نص على الشهادة واليمين فعلم ان الركن هو الشهادة
الموكدة باليمين ثم قرنت الركن في جانبه باللعن
لو كان كاذبا تاكيدا وهو قائم في حقه مقام حد
القذف وفي جانبها بالغضب لانهن يستعملن اللعن
في كلامهن كثيرا على ما ورد به الحديث انكن
تكثرن اللعن وتكفرن العشير وسقطت حرمة
اللعن عن اعينهن فيتساهلن في الاقدام
لكثرة جري اللعن على السنتهن وسقوط وقعه
عن قلوبهن فقرن الركن في جانبها بالغضب و

ردعا

ردعا لهن عن الاقدام فان قيل ما معنى اقامة
الشهادة مقام الحد انه الظرف وما المناسبة
بين الحد والشهادة اجيب بان الحد زاجر عن
الاستشهاد بالعدد كاذبا مقرونا باللعن على
نفسه بسبب الهلاك وفي ذلك زجر عن الاقدام
على نسبته فان قيل لو كان اللعان قائما في
حقه مقام حد القذف لجرى مجراه في التداخل
في القذوف وليس كذلك فان من قذف اجنبيا
فانه يقام عليه حد القذف لهن مرة واحدة
الجواب بان اللعان قائم في حقه مقام حد
القذف في قذف امراته لا مطلقا لانه صار بدلا
عما كان يلزمه في الابتداء بقذفها فلا يرد عليه
الاجنبيات على ان ذلك الاختلاف لاختلاف المقصود
فان المقصود فيما عداه دفع عار الزنا عنهن وذلك
يحصل باقامة حد واحد وههنا لا يحصل المقصود
بلعان واحد لفقد الجمع بينهن بكلمات اللعان و
فقد يكون صادقا في حق بعض دون بعض والمقصود
التفريق بينه وبينهن ولا يحصل ذلك بلعان
بعضهن فضلا عن كل منهن على حدة حتى لو كان
محدودا في قذف فكان عليه لهن حد واحد لان
موجب قذفهن الحرج والمقصود لا يحصل بحد
واحد كما في الاجنبيات ولهذا قيد بقوله وهم ممن
لان عند الشافعي اللعان ايمان موكدات
بالشهادة فمن كان اهلا للعان قال اذا امتنع
هذا القول جنيا اذا ثبت ان الاصل ان اللعان

عن
شهادات موكدات بالايمان يقول لابد ان يكون الملا
عن اهل الشهادة لان الركن فيه الشهادة ولا
بد ان يكون المراة ممن يحد قاذفها لانه قايم
في حقه مقام حد القذف فلا بد من الاحصان
ويجب بنفي الولد لانه لما نفي ولدها صار قاذفا
لها كما اذا نفى اجنبي نسب ولدها عن ابيه المعروف
فانه يكون قاذفا للمراة فكذلك هذا ولا يعتبر
احتمال كون الولد من غيره بالوطي بشبهة لان
الاصل في النسب الفراش الصحيح والفاسد ملحق
به فنفيه عن الفراش الصحيح قذف حتى يظهر
الملحق به وقال الشافعي لا يصير بنفي الولد قاذفا
لها ما لم يقل وانه من الزنا يجوز ان يكون
من الوطي بشبهة كما لو قال لاجنبية ليس هذا
الولد الذي ولدته من زوجك فانه لا يصير
قاذفا ما لم يقل ولد من الزنا بالاتفاق وقال
شيخ الاسلام والقياس ما قاله الا انا تركنا
للضرورة في اللعان لان الزوج قد يعلم ان
الولد ليس منه بانه لم يطاها او عزل عنها
عزلا بينا ولكن لا يعلم انه زنى او وطيت بشبهة
فاكتفى بنفي الولد حتى ينتفي عنه نسب الولد
وهذه الضرورة معدومة في حق الاجنبي
ويشترط طلبها موجب القذف لانه حقها
لانه باللعان يندفع عار الزنا عنها فلا بد من
طلبها كساير الحقوق فان امتنع الزوج عن اللعان
حبسه الحاكم حتى يلاعن او يكذب نفسه لانه

حق

حق مستحق عليه وهو قادر على ايفائه فيحبس به
حتى ياتي بما هو عليه او يكذب نفسه ليرتفع
السبب وفي نسخة ليرتفع الشين ومعنى
النسخة الاولى ليرتفع السبب اي سبب اللعان
اي علته وهو التكاذب لان اللعان انما يجب
اذا اكذب كل واحد منهما الاخر فيما يدعيه بعد
قذف الزوج امراته بالزنا واما اذا اكذب
نفسه فلم يبق التكاذب بل وافق المراة
في انها لم تزن ولا يجري اللعان بعد ذلك هو
واما النسخة الاخرى فقيل انها تفسير على
زعم ان سبب اللعان لا يرتفع بالاكذاب
بل يتقرر الا ترى انه يجب عليه الحد بالاكذاب
وهو الاصل في القذف لكن يرتفع الشين بالتكاذب
فيه التباس من قال اراد بالسبب الشرط
لان التكاذب شرط اللعان قيل قوله وهو قادر
على ايفائه احتراز عن المديون المفلس فان
الدين حق مستحق عليه لكنه غير قادر على
ايفائه فلا يحبس ولو لاعن وجب عليها اللعان
لما تلونا من النص وهو قوله تعالى فشهادة
احدهم اربع شهادات بالله وقوله الاية
انه يبتدي بالزوج لانه هو المدعي بناء على
[illegible] الشهادات والمطالب بها هو المدعي هو
[illegible] يعني الكن كانه استشهاد بقاله
[illegible] النص لا يدل على المبتد وبه فقال
الا انه يبتدا به وقوله فان امتنعت قام

Copyright © King Saud University

واذا كان الزوج عبدا او كافرا بان كانا كافرين فاسلمت
المراة وقذفها الزوج قبل ان يعرض عليه الاسلام
او محدودا في قذف فقذف امراته فعليه
الحد لانه تعذر اللعان لمعنى من جهته لانه ليس
من اهل الشهادة فيصار الى الموجب الاصلي
وهو حد القذف الثابت بقوله تعالى والذين
يرمون المحصنات الاية فانه كان هو المشروع
اولا ثم صار اللعان خلفا عنه في قذف الزوج
عند وجود الشرايط فاذا عدمت جرى الى الاصل
وقوله وان كان هو من اهل الشهادة
ظاهر وقوله والاصل في ذلك
قوله صلى الله عليه وسلم اربعة لا لعان بينهم
وبين ازواجهم اليهودية والنصرانية تحت
المسلم والمملوكة تحت الحر والحرة تحت المملوك
قيل هذا الحديث لم يوجد له اصل في كتب الحديث
ولكن ابو بكر الرازي ذكره في شرحه لمختصر
الطحاوي باسناده عن عبد الباقي الى عمرو بن
شعيب عن ابيه عن جده عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم قيل كفى بابي بكر الرازي
لعدالته وضبطه وفقهه مقتدى ولو كان محدودا
في قذف فعليه الحد لان امتناع اللعان لمعنى
من جهته وهو كونه ليس من اهل الشهادة
فان قيل هلا اعتبر جانبها وهي ايضا محدودة
في القذف درءا للحد اجيب بان المانع من
الشيء انما يعتبر اذا وجد المقتضي لانه عبارة

عما ينتفي به الحكم مع قيام مقتضيه واذا لم يكن
الزوج اهلا ولم ينعقد قذفه مقتضيا للحكم وهو
اللعان فلا يعتبر المانع والقذف في نفسه موجب
للحد فيحد بخلاف ما اذا وجد الاهلية من جانبه
ينعقد قذفه مقتضيا له فاذا ظهر عدم اهليتها
بكونها محدودة في قذف بطل المقتضي فلا يجب
الحد لانه لم ينعقد له بل انعقد للعان ولا لعان
لبطلانه بالمانع ونوقض بما لو قذف عبد امراته
وهي مملوكة او مكاتبة فانه لا حد عليه ولا لعان
وعلى ما ذكرتم يجب عليه الحد لانه ليس
من اهل الشهادة فلم ينعقد قذفه مقتضيا
للحكم وهو اللعان فيجب ان يحد لان القذف
يوجبه واجيب بان في العبد شبهة
الاهلية لان له شهادة بعد العتق فاعتبرت
درءا للحد وليس كذلك المحدود في قذف قال
وصفة اللعان ان يبتدئ القاضي صفة اللعان
على ما ذكر في الكتاب والسنة وقوله
فاذا التعنا لا تقع الفرقة حتى يفرق الحاكم بينهما
يفيد انه لو مات احدهما بعد الفراغ من التلاعن
قبل تفريق الحاكم توارثا وقال زفر تقع الفرقة
بتلاعنهما لانه تثبت الحرمة المؤبدة بالحديث وهو
قوله صلى الله عليه وسلم المتلاعنان لا يجتمعان
ابدا نفى الاجتماع بعد التلاعن وهو تنصيص على
وقوع الفرقة بينهما بالتلاعن ولنا قوله تعالى
فامساك بمعروف او تسريح باحسان ووجه الاستدلال

Copyright @ King Saud University

ان ثبوت الحرمة تفوت الامساك بالمعروف فيلزمه
التسريح باحسان فاذا امتنع ناب القاضي منابه
دفعا للظلم وقوله دل عليه اي على ان لا تقع
الفرقة حتى يفرق القاضي ولو قال دل عليه ايضا
لكان اولى فتامل وقوله قوله ذلك الاعرابي
يريد عويمر العجلاني فانه قال عند النبي صلى
الله عليه وسلم بعد اللعان كذبت عليها ان امسكتها
هي طالق ثلاثا ولم ينكر عليه النبي صلى الله عليه وسلم
ولو وقعت الفرقة بينهما لانكر رسول الله صلى الله
عليه وسلم فان قيل انكر عليه بقوله اذهب
فلا سبيل لك عليها اجيب بان ذلك
ينصرف الى طلبه رد المهر فانه روي انه قال و
ان كنت صادقا فهو لها بما استحللت من فرجها
وان كنت كاذبا فلا سبيل لك عليها والجواب
عن استدلال زفر بالحديث يجي ثم اذا فرق
الحاكم يكون الفرقة تطليقة بائنة عند ابي حنيفة
ومحمد لان فعل القاضي انتسب اليه لنيابته عنه كما في
العنين وقوله وهو خاطب اذا اكذب
نفسه عندهما مسألة مبتداة وقال ابو يوسف
هي اي الثابت باللعان تحريم مؤبد لقوله صلى الله
عليه وسلم المتلاعنان لا يجتمعان ابدا نص على
التابيد وهو ينافي عوده خاطبا ولهما ان الاكذاب
اي الاقرار بالكذب رجوع عن الشهادة والرجوع
عنها يبطل حكمها ولا معنا فلا يبقى نفي التابيد
والعود خاطبا لان معناه لا يجتمعان ما داما مع

متلاعنين

متلاعنين لا مما يكونان متلاعنين اما حقيقة
بمباشرتهما اللعان او مجازا باعتبار بقاء حكمه ولم
يبق شي بعد الاكذاب اما حقيقة فظاهر واما
حكما فلانه لما اكذب نفسه وجب عليه الحد
فبطلت اهلية اللعان واذا بطلت الاهلية ارتفع
حكمه فيجتمعان ولو كان القذف بولد نفى القاضي
نسبه من الاب والحقه بامه وصورة اللعان
في ذلك انه يامر الحاكم الرجل فيقول اشهد بالله
الى اخره وهو ظاهر قوله ولان المقصود
من هذا اللعان نفي الولد حيث كان القذف به
فيوفر عليه اي على الزوج مقصوده فالقضا
بالتفريق يكون متضمنا لنفيه فلا يحتاج ان ينفي
القاضي نسبه ويلحقه بامه وعن ابي يوسف
ان القاضي يفرق بينهما ويقول قد الزمته
امه واخرجته من نسب الاب حتى لو لم يقل
ذلك لم ينتف النسب عنه لانه اي نفي الولد
ينفك عنه اي عن التفريق اذ ليس من ضرورة
التفريق باللعان نفي الولد كما لو مات الولد فانه
يفرق بينهما باللعان ولا ينتفي النسب عنه فلا بد
ان يصرح القاضي بنفي النسب رواه بشر عن ابي
يوسف فان عاد الزوج واكذب نفسه بعد اللعان
حده القاضي لاقراره بوجوب الحد عليه قال في
النهاية هذا اذا لم يطلقها تطليقة بائنة بعد القذف
فانه اذا اكذب نفسه بعد القذف في البينونة لا يجب
عليه الحد واللعان اما اللعان فلان المقصود باللعان

Copyright © King Saud University

التعريف بينهما لانهما في ذلك بعد البينونة ثم لا معنى
للعان بعد فوات المقصود ولا حد عليه لان قذفه
كان موجب اللعان والقذف الواحد لا يوجب حدين
بخلاف ما لو اكذب نفسه بعد ما لاعنها لان وجوب
اللعان هناك باصل القذف والحد بكلمات اللعان
فقد نسبها فيها الى الزنا وانتزع معنى الشهادة
منها باكذابه نفسه فيكون هذا نظير شهود الزنا
اذا رجعوا واما فيما قلنا فلم يوجد كلمات اللعان
فلهذا لا يحد وان اكذب نفسه فلو قال انت
طالق ثلاثا يا زانية كان عليه الحد لانها بانت ثم
بالتطليقات الثلاث وانما قذفها بالزنا بعد
البينونة فعليه الحد ولو قال يا زانية انت طالق
ثلاثا لم يلزمه حد ولا لعان لانه قذفها وهي
منكوحة ثم ابانها بالتطليقات وقد بينا انه بعد
قذفها اذا ابانها لم يلزمه حد ولا لعان كذا في
المبسوط وقوله وحل له ان يتزوجها [illegible]
تكرار لقوله وهو خاطب اذا اكذب نفسه عندهما ويجوز
ان يقال ذكر هناك تفريعا ونقل ههنا لفظ القدوري
وقوله وكذلك ان قذف غيرها فحد به يعني
جاز له ان يتزوجها وقوله لما بينا يريد به
قوله لانه لما حد لم يبق اهلا للعان وكذا اذا زنت
فحدت له ان يتزوجها لانتفاء اهلية اللعان من
جانبها فان قيل لما جرى اللعان بينهما علم انهما
زوجان على صفة الاحصان والمراة والرجل اذا
زنيا بعد الاحصان فانهما يرجمان فكيف قوله فحدت [illegible]

رجمت

٨٤

[illegible] ذلك انه بقي محلا للتزوج اجيب
بان معنى قوله حدت جلدت وتصوير المسألة
انه تلاعنا بعد الزوج قبل الدخول ثم انها
قذفت بعد اللعان فكان حدها الجلد دون الرجم
لانها ليست بمحصنة لان من شرط احصان
الرجم الدخول بعد النكاح الصحيح ولم يوجد قال
واذا قذف امراته وهي صغيرة اذا قذف
الرجل امراته وهي صغيرة او مجنونة فلا لعان
بينهما لانه لا يحد قاذفها لو كان القاذف اجنبيا
لعدم احصانها لان من شرطها البلوغ والعقل فلهذا
لا يلاعن الزوج لقيام اللعان مقام حد القذف
وكذا اذا كان الزوج صغيرا او مجنونا لعدم الاهلية
لكونه غير مخاطب وقذف الاخرس لا يتعلق به
اللعان لانه قائم مقام حد القذف وحد القذف
لا يثبت الا بالصريح فكذا اللعان وفيه خلاف
الشافعي هو يقول اشارة الاخرس كعبارة
الناطق ولنا ان الاشارة لا تعرى عن الشبهة
لكونها محتملة والحدود تندرئ بالشبهات
واللعان في معنى الحد واذا قال الزوج ليس حملك
مني ظاهر والمعنى في قوله بقيام الحمل عنده للقذف
وقوله والقذف لا يصح تعليقه بالشروط
انما كان كذلك لان القذف مما لا يحلف به لافضائه
الى ابقائه الى زمان وجود الشرط في ذمة الحالف
وفي ذلك احتيال لاثبات ما يندرئ بالشبهات وان قال
لها زنيت وهذا الحمل من الزنا ظاهر وقوله وقذفها حاملا روي
انه صلى الله عليه وسلم

بلغ

قال ان جاءت به اصيهب ارتصح حمش الساقين فهو
لهلال وفي رواية احمش قصير وان جاءت
به اسود جعدا جماليا فهو لشريك فجاءت به على
النعت المكروه فقال صلى الله عليه وسلم لولا
الايمان التي سبقت لكان لي ولها شان ولنا
ان نفي الولد حكم من احكامه والاحكام لا يترتب
عليه الا بعد الولادة لتمكن الاحتمال قبله اي
قبل انفصال الولد او قبل حصول الولادة فان
قيل يترتب عليه قبلها كالرد بالعيب
والميراث والوصية به وله اجيب بان
اللعان في حق الزوج بمنزلة الحد فلا
يقام مع الشبهة بخلاف الرد بالعيب لانه
يثبت مع الشبهات واما الارث والوصية فيتوقفان
على انفصال الولد ولا يتقرر في الحال وحاصل
الجواب ان قوله الاحكام لا يترتب يراد به
بعضها ونفي الولد منها لما يلزم اقامة الحد
مع قيام الشبهة والحديث اي حديث هلال
محمول على انه عرف قيام الحبل بطريق الوحي
بدليل ما روينا صلى الله عليه وسلم قال ان
جاءت به كذا كان كذا ومثل ذلك لا يعرف الا
بطريق الوحي وقوله واذا نفى الرجل
ولد امراته عقيب الولادة او في الحالة
التي يقبل التهنية قال في النهاية على بناء
المفعول لا الفاعل لانه لو قبل الاب التهنية
ثم نفى لا يصح نفيه وهو ظاهر وقوله

يصح

85

يصح نفيه في مدة النفاس يعني اذا كان حاضرا ولابي
حنيفة انه لا معنى للتقدير بمدة لان الزمان
للتامل فلا يقع في نفي الولد مجازفة واحوال
الناس في ذلك مختلفة فاعتبرنا ما يدل عليه
اي على عدم النفي وهو قبوله التهنية او سكوته
عند التهنئة فان ذلك اقرار منه ان الولد له
وكذلك ابتياعه ما يحتاج اليه لاصلاح الولد
عادة او مضي ذلك الوقت وهو ممتنع عن
النفي واذا وجد منه دليل القبول لا يصح النفي
بعده فليس فيما ذكر في الكتاب ذكر مدة معينة
كما ترى وروى الحسن عن ابي حنيفة انه
قدره بسبعة ايام لان في هذه المدة تستعد للعقيقة
وانما يكون العقيقة بعد سبعة ايام ولكن
هذا ضعيف لان نصب المقادير بالراي لا يجوز
وذكر في الشامل انه روي ثم يعتبر المدة
التي ذكرناها على الاصلين فيجعل كانما ولدته
الان فله النفي عند ابي حنيفة انه مقدر بثلاثة
وذلك في الضعف مثل الاول ولو كان الزوج غائبا
ولم يعلم بالولادة ثم قدم يعتبر المدة التي ذكرناها
على الاصلين فيجعل كانها ولدته الان فله النفي عند
ابي حنيفة في مقدار ما يقبل فيه التهنية وعندهما
في مقدار مدة النفاس بعد القدوم لان النسب
لا يلزم الا بعد العلم به فصارت حال القدوم كحالة
الولادة وقوله واذا ولدت ولدين
في بطن واحد ظاهر وقوله وان اقر

Copyright © King Saud University

بالعفة سابقة على القذف جواب سؤال تقريره ينبغي
ان يجب عليه الحد لانه اكذب نفسه بعد القذف
لان الاقرار الاول بثبوت النسب باق بعد نفي
الثاني فيعتبر قيام الاقرار ابتدا الا قرار ولو
وجد الاقرار بعد النفي ثبت الاكذاب ووجب
الحد فكذا ههنا وتقرير الجواب ان الاقرار
بالعفة سابق على القذف حقيقة والاعتبار
بالحقيقة فصار كما اذا قال انها عفيفة ثم قال انها
زانية وفي ذلك اللعان ولا يكون ذلك اكذابا
فكذلك هذا والله اعلم **باب**
العنين وغيره لما فرغ من وجوه احكام الاصحا
المتعلقة بالنكاح والطلاق ذكر في هذا الباب
احكام من به نوع مرض لها تعلق بالنكاح والطلاق
لان حكم من به العوارض بعد ذكر حكم الاصحا
والعنين هو الذي لا يقدر على اتيان النسا
من عن اذا حبس في العنة وهي حظيرة
الابل او من عن اذا عرض لانه تعن يمينا
وشمالا ولا فرق بين ان يقوم آلته او لم تقم او
ان يصل الي الثيب دون البكر او الي بعض
النسا دون بعض وبين ان يكون لمرض به
او لضعف في خلقته او لكبر سنه او لسحر او
غير ذلك فانه عنين في حق من لا يصل اليها
لفوات المقصود في حقها قال **وإذا** كان الزوج
عنينا واذا كان الزوج عنينا اجله الحاكم سنة
ابتداوها من وقت الخصومة فان وصل اليها

والا

والا فرق الحاكم بينهما اذا طلبت المراة ذلك وهو قول
عمر وعلي وابن مسعود وعليه فتوى فقها الامصار
كابي حنيفة واصحابه والشافعي واصحابه ومالك
واصحابه واحمد واصحابه ولان حقها ثابت في
الوطي ويحتمل ان يكون الامتناع لعلة معترضة
ويحتمل ان يكون لآفة اصلية فلا بد من مدة
معرفة لذلك وقدرناه سنة لاشتمالها على
الفصول الاربعة لان العجز قد يكون لفرط رطوبة
فيداوى بما يضاده من اليبوسة او بالعكس
من ذلك ولذلك بقية الطبايع فاذا مضت ولم
يصل اليهما تبين ان العجز بآفة اصلية ففات الامساك
بالمعروف ووجب التسريح بالاحسان فاذا امتنع
امتنع ناب القاضي منابه ففرق بينهما قيل وينبغي
ان تعتبر السنة الشمسية اخذا بالاحتياط لانه
ربما يكون موافقة العلاج في الايام التي تقع
التفاوت فيما بين السنة القمرية والشمسية
والسنة الشمسية ظاهر الرواية على ما نذكره ولا بد من طلبها
التفريق لانه حقها وتلك الفرقة تطليقة باينة
لان فعل القاضي اضيف الي الزوج فكانه طلقها
بنفسه وقال الشافعي هو فسخ لانه فرقة من
جهتها لكن النكاح لا يحتمل الفسخ عندنا بعد
التمام واما قبل تمام العقد فيقبل كما في خيار البلوغ
وخيار العتق وقد تقدم وانما تقع التطليقة باينة
لان المقصود وهو دفع الظلم عنها لا يحصل الا بها لانها
لو لم تكن باينة تعود معلقة بالمراجعة وهي التي

لا تكون ذات زوج لا مطلقة اما الاول فلفوات
المقصود وهو الوطء واما الثاني فلانها تحت
زوج فلا يحصل دفع الظلم ولها كمال المهر ان كان
خلا بها لان خلوة العنين صحيحة لان المرأة
قد سلمت المبدل مع وجود الآلة فيجب عليه
البدل على ذلك قضا عمر وعلي حين قالا
ما ذنبهن اذا جاء العجز من قبلكم وتجب العدة لتوهم
الشغل احتياطا استحسانا لما بينا يعني في باب
المهر هذا اذا اقر الزوج بعدم الوصول اليها
وان ادعاه وانكرته فان كانت ثيبا فالقول
قوله مع يمينه لانه ينكر استحقاق حق الفرقة
حقيقة وان كان مدعيا للوصول صورة فهو
والاصل في الجبلة السلامة فكان الظاهر
شاهد له والقول قول من يشهد له الظاهر
فكان كالمودع اذا ادعى رد الوديعة القول له
لانه منكر معنى وان كان مدعيا صورة ثم
ان حلف بانه وطئها بطل حقها وان نكل
يؤجل سنة وان كانت بكرا نظر اليها النساء
فان قلن هي بكر اجل سنة وان قلن هي ثيب
يحلف الزوج لامكان ان يكون زالت البكارة بوجه
آخر فيشترط اليمين مع شهادتهن لتتقوى به
حجته فان حلف لا حق لها وان نكل يؤجل سنة
ثم كيف يعرف انها بكر او ثيب قالوا تدفع في فرجها
اصغر بيضة من بيض الدجاج فان دخل بلا عنف
فثيب والا فبكر وقيل ان امكن ان تبول على

الجدار

الجدار فبكر والا فثيب وقيل تكسر البيضة و
تصب في فرجها فان دخلت فثيب والا فبكر
وقوله وان كان مجبوبا فرق بينهما في الحال
ظاهر وقوله وان قلن هي ثيب حلف
الزوج حاصله ان الاراءة للنساء مرتين مرة قبل
الاجل ومرة بعد الاجل للتمييز فان نكل خيرت
لتأيدها بالنكول اي لتأيد دعوى المرأة انه
لم يجامعها بنكول الزوج عن اليمين وان حلف
لا خيار لها لبطلان حقها وان كان ثيبا في الاصل
فالقول قوله مع يمينه وقد ذكرناه يعني قوله
فالقول قوله مع يمينه لانه ينكر استحقاق حق
الفرقة فان اختارت زوجها لم يكن لها بعد
ذلك خيار لانها رضيت ببطلان حقها وكذا
اذا قامت من مجلسها او اقامها اعوان القاضي
او قام القاضي قبل ان تختار شيئا بطل خيارها لان
هذا تخيير الزوج امرأته وذلك يتوقف بالمجلس
هذا معناه والتفريق كان لحقها فاذا رضيت به
فاسقطته صريحا او دلالة بتاخيرها الاختيار
الى ان قامت او اقيمت سقط حقها فلا يطالب
بعد ذلك شيئا وان اختارت الفرقة امر القاضي
الزوج بان يطلقها وان ابى فرق القاضي بينهما
كما مر وقوله وفي التاجيل تعتبر السنة في
التاجيل تعتبر السنة القمرية هو الصحيح وهو
ظاهر الرواية وهي ثلثمائة واربعة وعشرون يوما
وروى الحسن عن ابي حنيفة انه يعتبر السنة

Copyright © King Saud University

الشمسية وهي ثلثماية وخمسة وستون يوما وجزء
من ماية وعشرين جزءا من اليوم ويحتسب
بايام الحيض وشهر رمضان يعني لا يعوض
عن ايام الحيض وشهر رمضان الواقعة في
في مدة التاجيل اياما اخر بل هي محسوبة من
مدة التاجيل وذلك لان الصحابة قدروا مدة
التاجيل وذلك لان الصحابة قدروا مدة التاجيل
بسنة ولم يستثنوا منها ايام الحيض وشهر رمضان
مع علمهم ان السنة لا تخلو عنها ولا يحتسب
بمرضه ومرضها لان السنة قد تخلو عنه اي
عن المرض فلم يكن في معنى ايام الحيض وشهر
رمضان فيعوض له ذلك من ايام اخر وعلى هذا
فتوى المشايخ وروي عن ابي يوسف انه اذا مرض
احدهما مرضا لا يستطيع الجماع معه فان كان اقل
من نصف شهر احتسب عليه وان كان اكثر منه
لم يحتسب عليه ويعوض له مثله مكانها وكذلك الرواية
لان شهر رمضان محسوب عليه في الليل ممتنع
في النهار والنهار دون الليل تكون نصف الشهر
فيثبت ان نصف الشهر محسوب عليه وعنه
انهما اذا كانا صحيحين في شيء من السنة ولو في
يوم يحتسب عليه ايام المرض وعن محمد ان مرض
احدهما فيما دون الشهر يحتسب عليه ...
وان كان المرض شهرا لا يحتسب ويزاد في مدته
بقدر مدة المرض واذا كانت بالزوجة عيب
اي عيب كان فلا خيار للزوج في فسخ النكاح

وقال

وقال الشافعي ترد بالعيوب الخمسة وهي الجذام
والبرص والجنون والرتق بفتح التاء مصدر
قولك امراة رتقاء لا يستطاع جماعها لارتتاق
ذلك الموضع اي لانسداده ليس لها خرق الا
المبال والقرن بسكون الراء قال في المغرب هو لحم
عند عليقة او لحمة تنبت ثم تعصب او عظم يمنع من
سلوك الذكر في الفرج وامراة قرناء ذات قرن
قال لان هذه العيوب الخمسة يمنع الاستيفا
حسا او طبعا اما حسا ففي الرتق والقرن واما
طبعا ففي الجذام والبرص والجنون لان الطباع
السليمة تنفر عن جماع هؤلاء وربما يسري الى
الاولاد والطبع مؤيد بالشرع قال صلى الله
عليه وسلم فر من المجذوم فرارك من الاسد
ولنا ان فوت الاستيفا بالكلية بالموت لا يوجب
الفسخ حتى لا يسقط شيء من مهرها فاختلاله
بهذه العيوب اولى وفيه ضعف لان النكاح
موقت ... فيهما وهذا لان كون هذه العيوب
لا يوجب الفسخ لان الاستيفا من الثمرات وفوت
الثمرة لا يوثر في العقد الا ترى انه لو لم يستوف لمرض
او حبس او قروح فاحشة لم يكن له حق الفسخ
ولان المستحق هو التمكن وهو حاصل اما في الجذام
والبرص والجنون فظاهر واما في الرتق والقرن فبالشق
والمعالجة قوله عليه السلام فر من المجذوم الحديث
محمول على الفرار بالطلاق وكذا ما روي ان رسول
الله صلى الله عليه وسلم تزوج امراة فوجد على كشحها

بيانا من دها محمول علي الطلاق لانه روي انه عليه م
الصلاة قال لها الحقي باهلك وهذا من كنايات
الطلاق ولو ما روي عن عمر انه اثبت لها الخيار عنده
العيوب ومذهبنا مروي عن علي وابن مسعود
واذا كان بالزوج جنون او برص او جذام فلا خيار
لها عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لها الخيار
لانه يتعذر عليها الوصول الى حقها لمعنى فيه فكان
بمنزلة الجب والعنة فيجب دفع المضرر عنها لو
حيث لا طريق لها سواه بخلاف جانبه لانه متمكن
من دفع الضرر بالطلاق ولهما ان الاصل عدم
الخيار لما فيه من ابطال حق الزوج وانما يثبت
في الجب والعنة لانهما يخلان بالمقصود المشروع
له بالنكاح وهو الوطي لان ثمرة النكاح لا حل الوطي
وهذه العيوب غير مخلة به فافترقا فان قيل
قد حصل المقصود الوطي فيما اذا كان بامراة من
العيوب الخمسة من الثمرات ولم يثبت له خيار
الفسخ وفي مسئلة الجب والعنة حصل المقصود
المشروع له النكاح ويلزم من ذلك ان يكون المقصود
المشروع له النكاح واثر ذلك يكون باعتبار الموضوع
وذلك تحكم قلت هذا السوال فيا من غير
المشروع له النكاح بالوطي وليس ذلك بمراد بل
المراد به التمكن منه وما يخل به بخلاف العيوب الخمسة

باب العدة العدة ما كانت من اثر فرقة
بالطلاق وعدة اعقبها لذكر وجوه التفريق في باب
علي حدة لان الاثر يعقب المؤثر والعدة في اللغة ايا

عليه عند ابي حنيفة وقالا يضمن نصف قيمتها لان
مالية ام الولد غير متقومة عنده خلافا لهما وعلى
هذا الاصل عندهم مسايل ذكرها المصنف في كفاية المنتهي
منها انه اذا مات احدهما حتى عتقت لم يسع للاخر
عنده وعندهما يسعى ومنها اذا ولدت فادعاه
احدهما يثبت نسبه منه ولا شي عليه لشريكه من
الضمان ولا سعاية على الولد عنده وعندهما يضمن
نصف قيمتها لشريكه ان كان موسرا ويسعى الولد في
نصف قيمته ان كان معسرا ومنها اذا غصبت ام
ولد فهلكت عنده لم يضمن شيا عنده خلافا لهما وجه
قولهما في تقوم ام الولد انها منتفع بها وطيا واجارة
واستخداما بالاتفاق وكل ما هو كذلك فهو متقوم
لان حل الوطي لا يكون الا بملك اليمين عند عدم ملك
النكاح الا ترى ان ام ولد النصراني اذا اسلمت عليها
السعاية ولولا تقومها لم يكن كذلك فان عورض بان
بيعها ممتنع ودليل ذلك على عدم التقوم اجاب
بقوله وبامتناع بيعها لا يسقط تقومها كما في المدبر
وقوله غير ان قيمتها بالمقدار القيمة وهو واضح
ولابي حنيفة ان التقوم بالاحراز للتمول والاحراز
للتقوم في ام الولد لانها محرزة للنسب لا للتمول وقوله
للتقوم معناه لا للتمول وكذلك في قولي والاحراز
للتقوم تابع اي ليس بمقصود لانه اذا احصنها واستولدها
ظهر ان احرازه للاستمتاع بملك المتعة لا للتمول
وقوله ولهذا لا يسعى لغريم جاز ان يكون بيانا ودليلا
لقوله والاحراز للتقوم تابع يعني انه لو كان مقصودا

Copyright © King Saud University

لسعت لتدبير او ولادة لتعلق حق العتق بما هو بعد
موته لكن الالزام باطل فالمدبر كذلك وجاز ان
يكون بيانا لقوله وهي محرزة النسب لا التقوم
وقوله بخلاف المدبر جواب عن قولهما محرزة
كذا في المدبر يعني بخلاف المدبر فانه ليس بمحرز
النسب لا للتقوم وقوله بخلاف المدبر
جواب عن قولهما كذا في المدبر يعني بخلاف المدبر
فانه ليس بمحرز للنسب ولهذا يتعلق به حق الغرماء
وقوله وهذا اشارة الى الفرق بين ام الولد
والمدبر وبيانه ان السبب فيها اي في ام الولد
متحقق في الحال وهي الحرية الثابتة بواسطة
الولد على ما عرف في حرمة المصاهرة وكان ذلك
يقتضي سقوط الملك والتقوم جميعا الا انه لم يظهر
عمله في حق زوال الملك ضرورة الانتفاع كما لم
يظهر في زوال ملك النكاح لذلك ولا ضرورة في
اسقاط التقويم فعمل فيه السبب واما في المدبر
فان السبب ينعقد بعد الموت لان قوله ان مت
فانت حر تعليق محض والمعلق بالشرط لا ينعقد
سببا عندنا قبل وجوده على ما عرف وقوله
وامتناع البيع فيه جواب عن قولهما وبامتناع
بيعها لا يسقط تقومها وتقريره كان القياس ان
لا يمتنع بيع المدبر الا انه امتنع تحقيقا لمقصوده اذ لو
جاز البيع لامتنع مقصود المدبر وهو العتق بعد موته
وقوله وفي ام الولد النصراني جواب عما قاما
عليه وقوله فقضينا بكتابتها عليه ليس المراد

حقيقة

حقيقة الكتابة ولكن لما حكمنا بانها تخرج عن ملكه
باداء القيمة كانت في معنى المكاتبة وانما قلنا
هكذا دفعا للضرر عن الجانبين اما في حق ام الولد
فلئلا يبقى تحت نصراني وهي مسلمة واما في
حق النصراني فلئلا يبطل ملكه مجانا فلما كانت
هي في معنى المكاتبة كان ما ذكره في معنى بدل
الكتابة وبدل الكتابة لا يفتقر وجوبه الى تقوم
ما يقابله لانه في الاصل مقابل بفك الحجر وفك
الحجر غير متقوم فكذلك قلنا ان بكتابتها لم تقتضي
تقوم ام الولد النصراني فاطرد ما قلنا

باب عتق احد العبدين

لما فرغ من بيان عتق بعض
العبد بين عتق احد العبدين وقدم الاول لان
الواحد قبل الاثنين ومن كان له ثلاثة اعبد
دخل عليه اثنان فقال احدكما حر ثم خرج واحد
ودخل آخر فقال احدكما حر وسمى كلا منهم باسم العمل
الذي اتصف به من كونه خارجا وداخلا وثابتا
يؤمر المولى بالبيان ما دام حيا لانه هو المجمل فيرجع
في البيان اليه ويعتق الذي عينه فان بين الكلام
الاول في الخارج عتق الخارج ويؤمر بالبيان في الكلام
الثاني ويعتق من عينه وان بين الكلام الاول
في الثابت عتق الثابت وبطل الكلام الثاني لانه
صار جمعا فلا يستحق به العتق كما لو جمع بين حر وعبد
وقال احدكما حر لا يعتق العبد وان بدأ بالبيان بالكلام
الثاني وقال عنيت بالكلام الثاني الداخل عتق
الداخل ويؤمر ببيان الكلام الاول وان قال عنيت

فالكلام الثاني الثابت عتقه الثابت بالكلام الثاني
وتعين الخارج للكلام الاول فيعتق الخارج ايضا و
وان مات ولم يبين عتقه من الذي اعيد عليه
القول يعني الثابت اعيد عليه قوله احدكما حر
ثلاثة ارباعه ونصف كل واحد من الاخرين
يعني الخارج والداخل عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد كذلك يعني يعتق من الثابت ثلثه
ارباعه ومن الخارج نصفه الا في العبد الاخر
وهو الداخل فانه يعتق ربعه باعتبار الاحوال
والاصل في اعتبار الاحوال في حالة الاشتباه
ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث
اناسا الى بني خثعم للقتال فاعتصم ناس منهم بالسجود
فقتلهم بعض اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم
فلما بلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى
بنصف العقل باعتبار الاحوال وذلك لان السجود
منهم كان محتملا ان يكون لله تعالى وكان اسلاما
ويجب بقتلهم جميع الدية وان يكون لغير الله تقية
من القتل على ما كان عليه عادتهم من السجود
لعظمائهم توقيا من شرهم فلا يجب بقتلهم الدية
فلما وجبت من وجه ولم تجب من وجه اوجب
النصف واسقط النصف وعلى هذا مسائل اصحابنا
فان قيل ما بال ابي حنيفة في الخنثى يعطيه
اقل النصيبين من غير اعتبار الاحوال اجيب
بالفرق بانما يجب المصير الى اعتبار الاحوال في موضع
يتحقق فيه الاشتباه بصفة الاستمرار كالذي

كن

يتحقق فيه في الخنثى ليس كذلك لانه اذا بلغ يتبين
الرجال او النساء لا بد ان يظهر له احدى او ينبت
له لحية ونحو ذلك فيرتفع الاشتباه والوجه من الجانبين
ما ذكره في الكتاب وهو واضح هذا اذا كان في
الصحة فان القول منه في المرض فان كان لا يخرجون
من الثلث وهو عتقه رقبة بينهم على قدر سهام
وصاياهم لان العتق في المرض وصية والوصية تنفذ من
الثلث فيضرب كل بمقدار وصيته فيجعل ولكل رقبة
على اربعة اسهم لحاجتنا الى ثلاثة الارباع فالخارج
يضرب بنصف الرقبة وهو سهمان فكذا الداخل ويضرب
الثابت بثلاثة الارباع وهي ثلاثة اسهم فمجموع
سهام الوصايا سبعة فاذا كان الثلث سبعة و
كان الجميع واحدا وعشرين وثلثاه اربعة عشر و
لا محالة فيعتق من الخارج سهمان ويسعى في خمسة
وكذلك الداخل ويعتق من الثابت ثلاثة اسهم
ويسعى في الاربعة واما على قول محمد فيضرب
الخارج بسهمين والثابت بثلاثة اسهم والداخل
بسهم وكان سهام الوصايا ستة فاذا كان الثلث
ستة كان جميع المال ثمانية عشر فالخارج يعتق
منه سهمان ويسعى في اربعة والثابت يعتق منه
الثلاثة ويسعى في ثلثه والداخل يعتق منه سهم
ويسعى في خمسة وكان نصف السعاية وهو نصف
الورثة اثنا عشر وسهام الوصايا ستة فان قيل
ينبغي ان يعتقوا او لا اجيب بان الاعتاق
عندهما لا يتجزى اذا عاد في محل مجهول اما اذا كان

ولا سعاية عليهم
اجازته الورثة لانهم احرار
عندهما لان الاعتاق
لا يتجزى اجيب صح

بطريق التوزيع والانقسام باعتبار الاحوال فلان
ثبوته بطريق الضرورة وما كان كذلك لا يتعدى
موضعها وقوله ولو كان هذا اي ولو كان
هذا الكلام في الطلاق وهن غير مدخولات ومات
الزوج قبل البيان سقط من مهر الخارجة ربعه
ومن مهر الثانية ثلاثة اثمانه ومن مهر الداخلة
ثمنه وهي مسئلة الزيادات نحتج بها محمد عليهما
حيث اختلف فيهما كالحكم بنصيب الداخلة والخارجة
وصورة المسئلة واحدة والثمن من الصداق بمنزلة
الربع من العتاق لان المستحق بالطلاق سقوطا هو
على النصف من المستحق بالعتق ثبوتا في الايجاب
الثاني فقيل هذا قول لمحمد فلا يكون حجة عليهما
لان عندهما يسقط ربعه وقيل هو قولهما ايضا
فلا بد من الفرق بين العتق والطلاق وفرق بان
الثابت في العتق بمنزلة المكاتب لانه حين
تكلم كان له حق البيان وصرف العتق الي ايهما
شاء من الثابت والخارج فما دام له حق البيان
كان كل واحد من العبدين حرا من وجه عبدا من
وجه فاذا كان الثابت كالمكاتب كان الكلام
الثاني صحيحا من كل وجه لانه داير بين المكاتب والعبد
الا انه اصاب الثابت منه الربع والداخل النصف
لما قلنا فاما الثابتة في الطلاق فمترددة بين ان
تكون منكوحة وبين ان تكون اجنبية لان الخارجة
اذا كانت المرادة بالايجاب الاول كانت اجنبية فلغوا
الايجاب الثاني فجعلت اجنبية من وجه دون وجه

فصح

فصح الايجاب الثاني من وجه دون وجه فيسقط
نصف النصف وهو الربع موزعا بين الداخلة والثابتة
فنصيب كل واحدة منهما الثمن واما الذي يتعلق
فمنها ما ذكرنا في اول البحث اذا كان المولى والعبيد
احياء ومنها اذا كان المولى حيا ويموت احد العبيد
فان مات الثابت عتق الخارج والداخل اما الخارج
فلان الكلام الاول اوجب عتق رقبة بينه وبين
الثابت فبطلت بموته مزاحمته وكذلك الكلام
الثاني اوجب عتق رقبة بين الثابت والداخل
وبطلت مزاحمة الثابت بعدم عندهما واما عند
محمد فانما يعتق الخارج لما قلنا واما الداخل فلان
الثابت لما تعين للرق بموته ظهر ان الكلام الثاني
صحيح بكل حال فصار قوله كقولهما وان مات الداخل
قبل المولى اوقع العتق على ايهما شاء من الخارج
والثابت فان اوقعه على الخارج عتق الثابت
ايضا لانه ظهر انه كان عبدا عند الايجاب الثاني
وبطل مزاحمة الداخل بموته وان اوقعه على
الثابت لم يعتق الخارج بلا شبهة وكذا الداخل
١٠ لان المفهوم المفهوم الي هو قال الامام فخر الاسلام
في شرح الزيادات هذا عند محمد فاما عندهما
فيجب ان يعتق الخارج والثابت لان الكلام
الثاني صحيح تعين له الثابت بموت الداخل فاوجب
عتقه تعين الخارج بالكلام الاول وان مات الخارج
يعتق الثابت بالكلام الاول وبطل الكلام الثاني
لان المفهوم الي هو هذه تفريعات العتاق واما تفريعات

Copyright © King Saud University

الطلاق فمنها ان الزوج اذا كان حيا والمسوة احيا
واوقع الطلاق الاول على الخارجة صح الكلام
الثاني ودايا اوقع الطلاق الثاني على الداخلة كان م
الخيار في تعيين الخارجة او الثابتة بالكلام الاول
ومنها ان الثابتة لو ماتت والزوج حي طلقت م
الخارجة والداخلة لما قلنا من بطلان المزاحمة
بموتها ولكل واحدة ثلاثة ارباع المهر لان الثابتة
ان كانت مرادة كان للخارجة تمام مهرها وان كانت
الخارجة مرادة كان لها نصف المهر فالنصف ثابت
بيقين والنصف الاخر ثابت في حال دون حال
فيتنصف وكذا الداخلة وان ماتت الداخلة كان
مخيرا في الاخريين بالكلام الاول فان اوقعه على
الخارجة طلقت الثابتة ايضا لانعدام مزاحمة م
الداخلة لما مر في مسئلة العتاق ومنها ميراث
النسا وهو الربع او الثمن ينقسم بين الداخلة والاوليين
نصفين نصفه للداخلة لانه لا مزاحمها الا احدى م
الاوليين والنصف الاخر بين الاوليين لان احدهما
ليست باولى فان قيل ومن قال تعيد به احدكما حر
كلامه على ما ذكر في الكتاب واضح خلاف قوله
انه لم يسبق محلا للعتق اصلا ما لموت اورد عليه
بما لو قال لامتيه احدهما بنت ابيه وام ولدي م
وماتت احديهما لم تتعين الحرية والاستيلاد م
في الحية اجيب بان هذا الكلام ليس بايقاع
بل هو اخبار ويجوز ان يخبر بعد الموت
الميت والحي فيرجع الى بيان المولي فاما الانشاء م

فلا

فلا يصح الا في الحي واما في مسئلتنا فانها يتعين احدهما
للحرية اذا مات الاخر لان البيان قايم بوصفين بوصف
الانشاء بوصف الاظهار وهذا لان قوله احدكما
حر لا يثبت العتق في واحد منهما بعينه ولهذا م
قيل فيه العتق غير ثابت فالمنظر الى هذا يكون م
البيان انشا ومن حيث ان العتق لا يعدوهما
كان البيان اظهارا ولهذا يعتبر البيان من جميع
المال ان كان في مرض الموت لوجود العتق المبهم
في الصحة واذا كان كذلك فانما يصح البيان م
في محل يحتمل الانشا فالميت لا يحتمل الانشاء م
فتعين الاخر للعتق ضرورة وقوله
وكذا اذا استولد احديهما فعلقت منه لانها صارت
ام ولد فمن ضرورة صحة امية الولد واستحقاق
العتق بها انتفا العتق المبهم عنها واذا انتفى م
عن احديهما تعين في الاخرى لزوال المزاحمة م
وقوله للمعنيين يعني عدم محلية م
العتق بالاستيلاد من كل وجه وابقا الانتفاع م
الى موته ولا فرق بين البيع الصحيح والفاسد مع
القبض وبدونه والبيع المطلق عن الخيار والبيع
بشرط الخيار لاحد المتعاقدين لاطلاق جواب الكتاب
يعني الجامع الصغير حيث قال فيه باع احدهما لم تقيده
بشي والمعنى ما قلنا وهو انه قصد الوصول الى
الثمن والوصول اليه بما في العتق فتعين الاخر له والعرض
على البيع ملحق بالبيع في المحفوظ عن ابي يوسف م
روي ابن سماعة عن ابي يوسف اذا ثبت او ام احدهما

كان بيانا بمعنى تعيين العتق في الاخر قيل مثله
هذه العبارة يستعملها من سمع وحفظ ولم يثبت
الرواية عنه مكتوبة وقوله والهبة
والتسليم والصدقة والتسليم بمنزلة البيع
قبل التسليم ليس بشرط فانما ذكره تاكيدا لان
محمدا ذكره في الاملاء اذا وهب احدهما او اقبضه
او تصدق واقبض عتق الاخر ولان البيع الفاسد
نعين الاخر للعتق وان لم يكن قبض فكذلك الهبة
والصدقة ولان كلا منهما لا يفيد الملك بدون
القبض وهذا لان التعيين انما يحصل بوجوه تصرف
يختص بالملك وقد وجد ولذلك اذا قال لامرأتيه
احديكما طالق ثم مات احديهما لما بينا ان الميت لم
يبق محلا للعتق فكذلك لم يبق محلا للطلاق فتعين
الاخرى له وكذا الوطي احديهما لما نبين في المسئلة
التي بعد هذه ولو قال لامتيه احديكما حرة ثم
جامع احديهما لم يعتق الاخرى عند ابي حنيفة
وقالا يعتق لان الوطي لا يحل الا في الملك واحديهما
حرة لا ملك فيها فالوطي لا يحل فيهما فاذا وطي
احديهما جعل مستبقا للملك فيها فيقع الوطي حلالا
حملا لامره على الصلاح فاذا تعينت تلك للملك
تعينت الاخرى لزواله بالعتق ولابي حنيفة
ان الملك قائم في الموطوءة اي في المنكر لوطا من كل
منهما فاذا كان الملك قائما كان وطيا حلالا واما ان
الملك قائم فلان ايقاع العتق انما هو في المنكر
وهي اي الموطوءة غير منكر بل هي معينة فلا يكون

الايقاع

الايقاع فيها واذا لم يكن الايقاع فيها لا يكون الملك
عنها زائلا واما ان الملك اذا كان قائما كان الوطي
حلالا لظاهر لا يحتاج الى بيان واذا كان الوطي
حلالا لم يكن بيانا لان كل واحدة منهما على هذه
الصفة ولهذا حل وطيهما على مذهبه وهذا الى غاية
البيان ويلوح منها سيما التحقيق الا انه لا يفتى به قيل
لان النكرة التي يثبت فيها العتق لا يخلو عنهما مبنى
الحل والحرمة على الاحتياط وهو فاسد لان فيه
تلويحا الى ترك ابي حنيفة الاحتياط واني لا يفتى
به لئلا يتخذ مغمزا لابي حنيفة بترك الاحتياط
فان قيل العتق اما ان يكون نازلا او لا فان
كان غير نازل كان اهمالا للفظ عن مدلوله وان
كان نازلا لا يجوز وطيهما اجيب على كل واحد
من الشقين فقال على الشق الثاني ثم بقال العتق
غير نازل قبل البيان لتعلقه به اي لتعلق العتق
بالبيان فكان كالعتق المعلق بدخول الدار وهو
غير نازل قبل الدخول فكذا هذا وقال على الشق
الاول او يقال نازل اي العتق نازل في المنكر
فيظهر في حق حكم يقبله كالبيع فان المنكر يقبله
بان يشتري احد العبدين على ان المشتري
بالخيار فيهما فانه يصح والوطي لا يقبله المنكر لانه
يصادف المعينة اذ هو امر حسي لا يقع الا في المعين
ووطي غير المعين ووطي غير المعين غير ممكن
فلا يكون الوطي بيانا في الاخرى فان قيل كيف
يقع بيانا في الطلاق اجيب بقوله بخلاف

Copyright © King Saud University

الطلاق لأن المقصود الاصلي من النكاح الولد وقصد
الولد بالوطي يدل على استيفا الملك في الموطوءة ههنا
للولد اما الامة فالمقصود من وطيها قضا الشهوة
دون الولد فلا يدل على الاستيفا وهذا على
طريقة تخصيص العلل فاما ان يكون المعنى لخار
جوازه او يحمل على المخلص المعروف في اصول الفقه
وقد قررناه في التقرير او في تعزير قال ومن قال
لامته ان كان اول ولد تلده غلاما فانت حرة
كلامه على ما ذكره واضح وقال شمس الائمة السرخسي
في المبسوط وذكر محمد في الكتاب الكيسانيات هذا
الجواب الذي ذكر ليس جواب هذا الفصل بل
في هذا الفصل لا يحكم بعتق واحد منهم ولكن يحلف
المولى بالله ما يعلم انها ولدت الغلام اولا فان
نكل عن اليمين فنكوله كاقراره فان حلف فهم ارقا
واما جواب الكتاب ففي فصل اخر وهو ما اذا قال
المولى لامته ان كان اول ولد تلدينه غلاما فانت
حرة وان كانت جارية فهي حرة فولدتهما جميعا
ولا يدرى ايهما اول فالغلام رقيق والابنة حرة
ويعتق نصف الامة لانها ان ولدت الغلام اولا فهي
حرة والغلام رقيق وان ولدت الجارية اولا فالجارية
حرة والغلام والامة رقيقان فالامة تعتق في
حال دون حال فيعتق نصفها والغلام عبد
بيقين والجارية حرة بيقين اما بعتق نفسها او بعتق
الامة قال صاحب النهاية وما ذكره في المبسوط
هو الصحيح لما ان الشرط الذي لم يتيقن بوجوده

وهو

وهو ما اذا كان في طرف واحد القول فيه قول من
ينكر وجوده والمعين كما اذا قال لعبده ان دخلت
الدار غدا فانت حر فمضى الغد ولا يدري انه دخل
ام لا لا يعتق لانه وقع الشك في شرط العتق فكذا
ههنا وقع الشك في شرط العتق وهو ولادة الغلام
اولا واما اذا كان الشرط مذكورا في طرف الوجود
والعدم كان احدهما موجودا لا محالة فيحتاج
الى اعتبار الاحوال كما في مسئلة الكيسانيات
وقوله وبهذا القدر يعرف ما ذكرنا
من الوجوه في كفاية المنتهى قيل هي ستة اوجه
فصلوها في شروح الجامع الصغير احدها ان يتصادقوا
انهم لا يدرون ايهما ولد اولا وهو المذكور في
الكتاب اولا وجوابه على الوجه المذكور فيه انه
يعتق نصف الام والجارية ويسعيان في النصف
والغلام رقيق لما ذكر في الكتاب والثاني ان يدعي
الام ان الغلام هو المولود اولا وانكر المولى ذلك
والجارية صغيرة وهو المذكور في الكتاب ثانيا
وجوابه ووجهه ما ذكر في الكتاب والثالث ان
يدعي الام ان الغلام اول والجارية الكبيرة ولم يدع
شيا وهو المذكور في الكتاب ثالثا وجوابه ووجهه
ما ذكره الفقيه والرابع ان يدعي الجارية وهي كبيرة
والام ساكتة ان الغلام هو ولد اولا وهو المذكور
في الكتاب رابعا وجوابه ووجهه والخامس ان
يتصادقوا ان الجارية هي التي ولدت اولا والجواب
انه لا يعتق واحد منهم لعدم شرط العتق والسادس

Copyright © King Saud University

ان يعتقا فولدت الغلام ولدا او ولدا والجواب ان الام تعتق
لوجود الشرط العتق وكذا الجارية تبعا للام والغلام
عبد لان الغلام قد انفصل عن الام في حال الرق و
لكون ولادته بشرط عتقها والشرط يسبق المشروط
فلا يمكن جعله تابعا لها اتفه لعل المصنف لم يذكرهما
في الكتاب لظهورهما قال واذا شهد رجلان م
على رجل انه اعتق عبده الشهادة على طلاق م
احدى نسائه جايزة بالاجماع ويجبر على البيان
وعلى اعتاق احد عبديه كذلك عندهما وعند
ابي حنيفة هي باطلة الا ان يكون وصية استحسانا
على ما يذكره واصل هذا ان الشهادة على عتق م
العبد لا تقبل من غير دعوى بالاتفاق وانما اختلف
الحكم على هذا الطريق بناء على ان العتق من حقوق
العباد عنده ومن حقوق الشرع عندهما وجه
قولهما انه لا يحتاج فيه الى قبول العبد ولا يرتد برده
ويجوز ان يحلف به ويصح ايجابه في المجهول وكل م
ذلك دليل على كون العتق حق الشرع ووجه
قوله ان الاعتاق اثبات قوة المالكية وفيه
انتفاء ذل الرق والمملوكية وكل ذلك حق العبد لا محالة
هذا هو المشهود به ولا معتبر بغيره لكونه من ثمراته
فما كان من حقوق العباد لا تقبل الشهادة فيه بدون
الدعوى وما كان من حقوق الشرع تقبل فيه
وعتق الامة من حقوقه بالاتفاق فكذلك حل
فيها وذلك لان عتقها يتضمن تحريم فرجها على
مولاها وذلك من حقوق الشرع فكان الشهادة فيه

كالشهادة

كالشهادة في هلال رمضان فان قيل لو كان كذلك
لاكتفي بشهادة الواحد لكون خبر الواحد حجة في
الامر الديني ولما قبلت الشهادة على عتق امة
هي اخت مولاها من الرضاعة اذا جحدته اذ ليس فيها
تحريم الفرج لان تحريمها ثابت بحكم الرضاع قبل الشهادة
بالاعتاق اجيب عن الاول بان خبر الواحد حجة تهما
في الامر الديني اذا لم يقع الحاجة الى الزام المنكر م
وههنا وقعت وعن الثاني بان فيه معنى الزنا
لان فعل المولى بها قبل العتق لا يوجب الحد وبعده
يوجب لكون بضعها مملوكا للمولى وان كان هو ممنوعا
عن وطيها بالمحرمية الا يرى انه جاز له ان يزوجها
ويحل بضعها يكون له واذا كان كذلك كان فيه م
تحريم الفرج واذا ثبت الاصل تبين وجه الاختلاف
على ما ذكره بقوله واذا كان دعوى العبد شرطا م
عنده الى آخر المسئلة وقوله لان الدعوى
من المجهول لا تتحقق قيل عليه اذا كان كذلك وجب
ان لا تقبل البينة لان الدعوى حصلت من معين
واجيب بان صاحب الحق احدهما لا بعينه
فدعواهما دعوى غير صاحب الحق وبان الدعوى م
لا تكون مطابقة للشهادة لان الشهادة على م
احد العبدين لا على العبدين وقوله
ولو شهدا انه اعتق احدى امتيه [illegible]
عند ابي حنيفة لان الدعوى ليست بشرط في عتق الامة
ولم تشع البينة ههنا وجه دفعه ما يجي ما ذكره
بقوله لانه انما لا يشترط الدعوى لما انه يتضمن تحريم

الفرج فشابه الطلاق والعتق المبهم لا يوجب تحريم
الفرج عنده على ما ذكرناه يعني قوله لان الملك
قائم في الموطوءة الى قوله ولهذا حل وطئها وهي قوله
انه يتضمن تحريم الفرج ان العتق اذا حصل استلزم
ان يكون الوطء بعده حرام زنى واعترض بان
عتق العبد المعين يستلزم تحريم استرقاقه وذلك
ايضا حق الله فوجب ان يستغني الشهادة فيه
عن الدعوى والجواب ان لا نسلم عتقهما و
من اعظم الكبائر ولا نسلم عتقه حرمه لم يثبت علمه
الشرع فضلا عن ان يكون من الكبائر فالتسوية
بينهما خطأ وقوله واذا شهدا انه
اعتق احد عبديه في مرض موته بيان قوله الا
ان يكون وصية استحسانا وقوله لان
التدبير حيثما وقع وقع وصية يعني سواء وقع
في حالة الصحة او في حال المرض والاستحسان
وجهان ذكرهما المصنف احدهما ان التدبير مطلقا
والعتق في المرض وصية والخصم في الوصية
انما هو الموصي لان تنفيذ الوصايا حق الميت فكان
الميت مدعيا تقديرا او عنه خلف وهو الوصي
او الوارث فيقبل الشهادة والثاني ان العتق
يستشيع بالموت فيهما لانه اوجب العتق في احدهما
في حال عجزه عن البيان فكان ايجابا لهما ولهذا
يعتق نصف كل واحد منهما فصار كل واحد منهما
خصما متعينا ولم يذكر وجه القياس وهو ان المقضي
له مجهول والدعوى من المجهول لا يتحقق لظهوره

عما تقدم

عما تقدم ولو شهدا بعد موته انه قال في صحته احدهما
حر قال الامام فخر الاسلام لا نص فيه واختلف
فيه مشايخنا فقال بعضهم لا يقبل لانه ليس
بوصية حتى يكون الخصم هو الموصي وهو معدوم
وقال بعضهم يقبل لشيوع العتق فيهما فكان
كل واحد منهما خصما متعينا فكان دعواهما صحيحا
وهي تغني عن قبول الشهادة باب

الحلف بالعتق

الحلف بالعتق هو ان يجعل العتق
جزاء الشرط ولما كان المعلق قاصرا في التسبيب اخر
انحطاطه عن التنجيز ومن قال اذا دخلت الدار
ظاهر واعترض عليه بانه يجب ان لا يعتق عليه
ما يشتريه بعد اليمين وان قال يومئذ لانهما كان
لانه ما اضاف العتق الى الملك ولا الى سببه فصار
كما لو قال لعبد الغير ان دخلت الدار فانت حر فاشتراه
ثم دخل الدار فانه لا يعتق لذلك والجواب بانه
وجد الاضافة الى الملك دلالة لان قوله كل مملوك
لي يومئذ معناه ان ملكت مملوكا وقت دخول
الدار فهو حر بخلاف تلك المسئلة لانه لم يوجد
الاضافة فيها لا صريحا ولا دلالة وقوله
لما قلنا يريد به قوله وكان المعتبر قيام الملك وقت
الدخول وقوله لان قوله كل مملوك
لي للحال قيل ان اللام للاختصاص والاختصاص و
انما يكون بمملوك له في الحال اذ لو لم يكن الملك له
في الحال كان هو وغيره سواء وقوله ومن قال
كل مملوك لي ذكر نكرة ظاهر ومعناه ان المملوك

Copyright © King Saud University

مطلقة والمطلق ينصرف الى الكامل والجنين ليس بكامل
لما ذكرنا في الكتاب وقوله وفايدة تعم
التقييد بوصف الذكورة انه لو قال كل مملوك يدخل
الحامل فيدخل الحمل تبعا بناء على ان هذا القول يتناول
الذكور والاناث حتى المدبرين وامهات الاولاد حتى
لو قال نويت الرجال دون النسا لم يصدق قضا
وان قال كل مملوك املكه حر بعد غد او قال
كل مملوك لي فهو حر بعد غد وله مملوك فاشترى
مملوكا اخر ثم جا بعد غد عتق الذي في ملكه يوم
حلف لا الذي اشتراه بعده وقوله بعد
غد ظرف لقوله املكه فان املكه للحال وقوله
ثم جا بعد غد بالرفع ليكون فاعل جا لانه المقصود
وقوله لان قوله املكه للحال حقيقة بالرفع
ليكون خبر ان ويجوز النصب على التمييز قال صاحب
النهاية وهذا التقدير يخالف رواية النحو وهي
انه مشترك بين الحال والاستقبال وظاهر تقدير
المصنف يدل على ما ذكره صاحب النهاية وقال بعض
الشارحين لا نسلم المخالفة لان كونه للحال حقيقة
لا يدل على ان كونه للاستقبال ليس بحقيقة لان
المشترك في كل واحد من المعنيين حقيقة ويدل
عليهما على سبيل البدل ويرجح احدهما بالدليل
ان وجد وقد وجد ههنا دليل على ارادة الحال
لان الحال موجود فلا يعارضه المستقبل المعدوم
واقول قول المصنف ولذا يستعمل من غير قرينة
ينافي قول هذا الشارح لان المشترك لا يستعمل في

احد

احد المعنيين بعينه الا بقرينة وليس النحويون
مجمعين على ان المضارع مشترك بينهما بل منهم
من ذهب الى انه حقيقة في الاستقبال مجاز في
الحال ومنهم من ذهب الى عكس ذلك ولعله
مختار المصنف لتبادر الفهم اليه وعلى هذا كان تعلق
حرية المملوك في الحال مضافا الى ما بعد الغد فلا يتناول
ما يشتريه بعد اليمين ولو قال كل مملوك املكه
او قال كل مملوك فهو حر بعد موتي وله مملوك
فاشترى اخر فالذي كان عنده مدبر مطلق والاخر
ليس بمدبر مطلق بل هو مدبر مقيد حتى جاز له ان
يبيعه وان مات عتقا من الثلث مشتركين فيه
وقال ابو يوسف في النوادر يعتق ما كان في ملكه
يوم حلف بطريق التدبير ولا يعتق ما استفاد بعد
يمينه لان اللفظ حقيقة للحال على ما بيناه وهو
مراد فلا يجوز ان يكون غيره مرادا على اصلنا
ولهما ان هذا ايجاب عتق وايصا اما انه ايجاب
عتق فيقول كل مملوك اولي فهو حر واما انه ايصا
فيقول بعد موتي ولهذا اعتبر من الثلث واذا
كان كذلك ففي الوصايا يعتبر الحالة المنتظرة اي
المترقبة والحالة الراهنة اي الحاضرة سميت بالراهنة
لان الرهن هو الحبس والمرهون محبوس فيها الا فيما
قبلها او فيما بعدها كذا في الشروح الا يرى انه يدخل
في الوصية بالمال ما يستفيده بعد الوصية وفي الوصية
لاولاد فلان يدخل فيها الموجود عندها ومن يولد
بعدها اذا عاش الى وقت موت الموصي والايجاب

Copyright © King Saud University

انما يصح مضافا الى الملك او الى سببه فهذا الكلام من
حيث انه ايجاب العتق يتناول العبد المملوك اعتبارا
بالحالة الراهنة ليصير الايجاب مضافا الى الملك
فيصير مدبرا لا يجوز بيعه ومن حيث انه ايصا يتناول
الذي يشتريه اعتبارا بالحالة المتربصة وهي حالة
الموت ويصير مدبرا بعده ولا يصير مدبرا قبله
كالذي كان في ملكه لانه لم يتناول الكلام حالة
التملك لا من حيث الايجاب لعدم الاضافة الى الملك
والى سببه ولا من حيث الايصا لانه يكون عند
الموت فكان حال التملك استقبالا محضا لم يتناوله
اللفظ فلا يصير مدبرا حال التملك وانما عند الموت
اذا كان موجودا في ملكه يصير كانه قال كل مملوك
او ما املكه فهو حر بعد موتي بحسب الحالة
المتربصة فيصير مدبرا لكون العتق في المرض
وصية بخلاف قوله كل مملوك املكه او هو حر
بعد غد على ما تقدم لانه تصرف واحد وهو ايجاب
العتق وليس فيه ايصا والحالة محض استقبال
لا يتناولها الايجاب لعدم الاضافة الى الملك او الى
سببه فافترقا وعلى هذا قوله والايجاب انما
يصح مضافا الى الملك معطوف على قوله وفي الوصايا
بعض لا ان يكون جواب سوال مقدر كما ذهب اليه
بعض الشارحين قال وهو ان يقال ينبغي ان لا
يتناول الايجاب المشترى اصلا لا في الحال ولا
في المال لان التناول انما يكون مضافا الى الملك
او الى سببه وليس احدهما في حقه بموجود فاجاب

بان

بان يتناوله باعتبار الايصا لا الى الايجاب الحالي
وقوله ولا يقال انكم جمعتم بين الحالة
والاستقبال اشارة الى جواب ابي يوسف
فلعله اراد بقوله بينهما مختلفين ايجاب عتق
ووصية الالفاظ الدالة على ذلك في طرفي الكلام
لا بين الحقيقة والمجاز من حيث الالفاظ وفيه
نظر لانه لا يستلزم التنافي بين طرفي الكلام وان
ان كان المراد ايجاب عتق في الحال او كونه ايصا
فقط ان المراد ايجاب عتق بعد الموت وقوله
هذا الكلام تدبير والتدبير حيثما وقع وقع
وصية والوصية يعتبر فيها الحالة الراهنة
والمستقبلة فيدخل تحته ما كان في ملكه وما يوجد
بعد الموت واما ما بينهما فليس يدخل تحته فلا
يصير المستحدث مدبرا حتى يموت لعله كان اسهل
ما سلو اسلم من الاعتراض

باب العتق على جعل

الجعل بالضم ما جعل للانسان من
شي على شي يفعله وكذلك الجعالة بالكسر وانما
اخر هذا الباب لكون المال غير اصل في باب العتق
ومن اعتق عبده على مال اي مال كان من عروض
او حيوان وغيرها مثل ان يقول انت حر على
الف درهم او بالف درهم او على ان لي عليك الفا
او على الف تؤديها او على ان تعطيني الفا او على
ان تجيئني بالف فقبل العبد عتق ساعة قبوله لانه قال
كله على شرط فيكون العتق معلقا بشرط اداء الالف
عملا وقال ان اديت الى الالف لما قيل انهما تكون للشرط

Copyright © King Saud University

اذا دخلت فيما يكون على خطر الوجود وذلك في الاموال
دون الاعيان لان بعض الصور المذكورة دخلت
فيه على الانفصال بل لما قبل لان الكلام فيما اذا كان
مراده التنجيز بعوض لا التعليق فكان العارف
عن الشرطية دلالة الحال وانما يعتق العبد بقبوله
لانه معاوضة المال بغير المال اذ العبد لا يملك
نفسه فقوله اذ العبد لا يملك نفسه دليل على كونه
معاوضة بغير مال وهو يحتمل وجوها احدها ان
العبد لا يملك نفسه من حيث المالية لانه مال فلا
يملك المال واذا لم يملكه كان ما يؤديه من العوض
في مقابلة ما ليس بمال وليس بشيء لان المولى
يملكه فكان ما يؤديه في مقابلة المال والثاني
العبد لا يملك نفسه لانه ليس بمال بالنسبة
الى نفسه لكونه مبقى على اصل الحرية بالنسبة
اليه ولهذا صح اقراره بالحدود والقصاص وغيرهما
واذا كان كذلك سقط ملك المولى عن رقبته
بالاعتاق او ببيع نفسه منه فكان ما يؤديه
في مقابلة ما ليس بمال ذكر هذان الوجهان
في بعض الشروح وهذا ايضا ليس بشيء لان العبد
مال بالنسبة الى مولاه وان لم يكن بالنسبة الى نفسه
فكان ما يؤديه في مقابلة مال عند المولى والثالث
ان العبد لا يملك نفسه بهذا العقد لكونه اسقاطا
فلم يدخل في يده شيء من المال حتى يقال
انه يثبت له بعوض شرعية وهي ليست بمال
لا محالة فكان ما يؤديه في مقابلة ما ليس بمال

بل

بل انما هو عوض شرعية وهذا اقرب منهما واذا ثبت
انه معاوضة فمن قضية المعاوضة ثبوت الحكم بقبول
العوض للحال كما في البيع فاذا قبل صار حرا وما شرط دينا
عليه حتى يصح الكفالة به لانه دين مسمى وهو حر بخلاف
بدل الكتابة حيث لا يصح به الكفالة لانه يثبت مع
المنافي وهو قيام الرق فكان ثبوته على خلاف
القياس اذ القياس ينفي ان يستوجب المولى دينا
على عبده فلما ثبت بخلاف القياس ضرورة حصول
الحرية للمكاتب وحصول المال للمولى اقتصر على موضع
الضرورة ولم يتعد الى الكفالة وقوله واطلاق
لفظ المال ينتظم انواعه من النقد يعني في قوله ومن
اعتق عبده على مال وقوله فصار كالنكاح يعني اذا شاء
النكاح بعقد اذا شاء ذلك جاز ان يثبت الحيوان
دينا في الذمة ههنا كما جاز ذلك في تلك العقود
وكذلك الطعام والمكيل والموزون اذا كان معلوم
الجنس كما اذا اعتقه على مائة قفيز حنطة ولا يضره
جهالة الوصف بان لم يقل انها جيدة او وسط او ردية
او بعينها او في بقية فان جهالة الوصف لا يمنع
صحة التسمية لكونها يسيرة ولو علق عتقه باداء
المال صح لان هذه الصيغة اعني قوله ان اديت
الي الف درهم فانت حر صيغة التعليق فيتعلق
عتقه باداء المال كالتعليق بسائر الشروط ولهذا
لا يحتاج فيه الى قبول العبد ولا يرتد برده ولا
له بيعه قبل الاداء كما في التعليق بسائر الشروط
وقوله من غير ان يصير مكاتبا يعني

لا يثبت احكام المكاتبين حتى لو مات وترك وفاء
فالمال لمولاه ولا يؤدى عنه ولو مات المولى
فالعبد رقيق لو رد عنه مع ما في يده من اكتسابه
ولو كانت امة فولدت ثم ادت لم يعتق ولدها
ولو حط المال او ابراه المولى لم يعتق ولو كان مكاتبا
لكان الحكم على عكس ما ذكر في الجميع وقوله
ومراده التجارة يعني الترغيب في الاكتساب لانها
هي المشروعة عند الاختيار دون التكدي لانه يدني
المرء بكسبه وقوله وفي تساوي الحقوق
يريد به الثمن وبدل الخلع وبدل الكتابة وما اشبهها
وقوله انه يعتق المولى بذلك فانه قصد بالتخلية
برفع المانع سواء فيعتق او لم يعتق وليس المراد به
بالاجبار ما هو المفهوم منه عند الناس من الاكراه
بالضرب او الحبس وقوله اذ هو تعليق
العتق بالشرط لفظا احترازا عن الكتابة فانها
ليست بتعليق لفظي فانه لو قال لعبده كاتبتك
على كذا من المال صحت الكتابة وليس فيه تعليق
لفظي لعدم الفاظ الشرط فيه وقوله
ولهذا لا يتوقف على قبول العبد يعني لكونه
تصرف يمين وقوله لانه استحقاق تحريره
لا جبر الا بالاستحقاق قبل وجود الشرط ولهذا يمكنه
البيع قبل الاداء وقوله بخلاف الكتابة لانه
مؤكد اذ هو تعليق العتق بالشرط لفظا وقوله
لانه يجبر لان عقد الكتابة معاوضة والبدل فيها
واجب فكان الجبر بعد الاستحقاق ولنا انه تعليق

نظرا

نظرا الى اللفظ كما ذكرنا ومعاوضة نظرا الى المقصود
لانه ما علق عتقه بالاداء الا ليحثه على دفع المال
فينال العبد شرف الحرية والمولى المال بمقابلته
بمنزلة الكتابة ولهذا جعل عوضا في الطلاق
في مثل هذا اللفظ بان يقول ان اديت الي الفا فانت
طالق حتى لو طلقها بهذه الصفة كانت بائنة فجعلناه
تعليقا في الابتداء عملا باللفظ ودفعا للضرر عن
المولى حتى لا يمتنع عليه بيعه ولا يكون العبد احق
بمكاسبه ولا يسري الى الولد المولود قبل الاداء
وجعلناه معاوضة في الانتهاء عند الاداء دفعا
للضرر عن العبد فانه ما تحمل المشقة في اكتساب
المال الا لينال شرف الحرية فيجبر على القبول
فان قيل لا يمكن جعله معاوضة لعدم ان البدل
والمبدل له كلاهما عند الاداء ملك للمولى لانه قبل
الاداء عبد وهو وما في يده لمولاه اجيب بانه
لما ثبت عند الاداء معنى الكتابة من الوجه الذي
بينا ثبت شرط صحته اقتضاء وهو ان يصير العبد
احق بالمؤدى فيثبت هذا سابقا على الاداء
متى وجد الاداء وهذا كما اذا كاتب عبده على
نفسه وماله وكان اكتسب مالا قبل الكتابة ثم
فانه يصير احق بذلك المال حتى لو اداه يكون
عتقه كذا في النهاية وغيره منسوبا الى مبسوط
شيخ الاسلام وفيه نظر من وجهين احدهما
ان ثبوت معنى الكتابة فيه هو المعاوضة وهي لا توجد من
اثباته هاهنا فيه ان حصول شرط صحة الشيء عبارة

لانتقضي صحته فضلا عن حصوله اقتضا ولعل الجواب
في الجواب ان يقال لما صحت الكتابة والمعني
الذي ذكرتم قايم فيهما وهي معاوضة ليس فيها
معنى التعليق فلان يصح العتق على مال وفيه
معنى التعليق اولى فيكون ملحقا بالكتابة دلالة
فعلى هذا اي على العمل بالشبهين بدون المعنى
الفقهي ويخرج المسايل المستفادة منه يعني ان قوله
ان اديت الي الفا وانت حر الحقتها بعض
الاحكام بمعنى التعليق وهي ما ذكرنا من مسايل
القياس من تمكنه من البيع وغيره والحقته في
بعضها بالكتابة من جبر المولى على القبول لانه لما كان
هذا اللفظ تعليقا نظرا الى اللفظ ومعاوضة
نظرا الي المقصود عملنا بالشبهين شبه التعليق
في حالة الابتدا وشبه المعاوضة في حالة الانتها
كما في الهبة بشرط العوض فانها هبة ابتداء حتى
لم يجز في المشاع واشتراط القبض في المجلس وبيع
انتهاء حتى لم يتمكن الواهب من الرجوع وحرمة
الشفعة في العقار ويرد بالعيب ولو ادى بو
البعض يجبر على القبول لان الجزء اي بعض المال
تلك الجملة واذا ثبت الاجبار على قبول الكل ثبت
في البعض كما في الكتابة وهذه رواية الزيادات
وقيل هو استحسان وما ذكره في مبسوط شيخ
الاسلام انه لا يجبر على قبول البعض لانه بمعنى
الكتابة فقد ثبت من حيث انه يعتق بما اداه
الي المولى وانما يعتق باداء الجميع مما لم يوجد اداء الجميع

المال

المال لا بشبه معنى الكتابة هو القياس الا انه باداء
البعض لا يعتق ما لم يؤد الكل لعدم الشرط كما اذا لو
حط البعض وادى البعض الباقي لان الشرط لو
وجود الجميع فاذا لم يوجد بعضه كان كما لو اذا
لم يوجد كله واذا حط الجميع لم يعتق لانتفاء الشرط
فكذلك هذا الحوالة بخلاف الكتابة لان المال
هناك واجب على المكاتب فيتحقق ابراؤه
عنه سوا ابراه عن الكل او البعض ولو ادى بو
الفا اكتسبها قبل العتق رجع المولى عليه وعتق
اما الرجوع عليه بالف اخرى بمثلها فلان الالف
التي اداها كانت مستحقة من جانب المولى فلا
يحصل المقصود باداه لان مقصوده ان يحثه
على الاكتساب ليؤدي من كسبه فيملك المولى ما لم
يكن في ملكه قبل هذا وهذا ليس كذلك واما
انه عتق فلوجود شرط الحنث لما ان كون الالف
مستحقة لا يمنع كونه شرط الحنث كما لو غصب
مال انسان واداه ثم الادا في قوله ان اديت لو
يقتصر على المجلس وهذا ظاهر الرواية وعن
ابي يوسف انه لا يقتصر عليه كما في التعليق بساير
الشروط وجه الظاهر ما ذكره بقوله لانه يخير
يعني يخير العبد بين الادا والامتناع عنه فكان
كالتخيير بمشية العبد اذا قال لانت حر ان شيت
فان قيل قد تقدم انه يصير ماذونا له في التجارة
فكيف يكون الادا مقتصرا على المجلس اجيب
بان الاذن يكون في صورة اذا اديته او متى

Copyright © King Saud University

اذ لئن فان الاداء فيهما لا يقتصر على المجلس ويجوز
ان يقال لا تنافي بينهما لجواز ان يكون مأذونا
بالتجارة ويقتصر الاداء على المجلس ليتجر فيه ويؤدي
المال قبل الافتراق بالابدان ومن قال لعبده انت
حر بعد موتي على الف درهم فالقبول بعد الموت
لان هذا الكلام اضافة ايجاب حقيقة الحرية الى
ما بعد الموت وكل ما هو كذلك يقتضي ان يكون
القبول بعد الموت لئلا يقع القبول قبل الايجاب
وصار كما اذا قال انت حر غدا بالف درهم لان فيه
اضافة ايجاب حقيقة الحرية الى زمان والقبول
متأخر اليه لئلا يقع قبل الايجاب بخلاف ما اذا
قال انت مدبر على الف درهم حيث يكون القبول
اليه في الحال لان ايجاب التدبير في الحال على ما يجيء
فيكون القبول كذلك الا انه لا يجب المال مع
قبوله لقيام الرق اذ التدبير يوجب حق الحرية
لا حقيقتها فيكون الرق قائما والمولى لا يستوجب
دينا على عبده بخلاف ما لو اعتقه على مال لانه
يثبت به حقيقة الحرية فالمال يجب على الحر
والمولى قد يستوجب مالا على معتقه فان
قيل لما لم يجب المال في المدبر على الالف ما الفائدة
في تعليق التدبير بالقبول اجيب بانها بيان
انه يقبل التعليق بالقبول كالطلاق والعتاق وان
لم يجب المال قوله قالوا يعني المشايخ لا يعتق
في مسئلة الكتاب اي الجامع الصغير وهي قوله انت
حر بعد موتي على الف درهم وان قبل بعد الموت

مالم

ما لم يعتقه الوارث صحيح بناء على انه ايجاب معلق
الى ما بعد الموت واهلية الموجب شرط عند الايجاب
وقد عدمت بالموت بخلاف المدبر فان فيه ايجاب
في الحال واهليته ثابتة والموت شرط والاهلية
ليست بشرط عنده كما لو قال ان دخلت الدار
فانت حر فوجد الشرط وهو مجنون وقد فرق
بين مسئلة الكتاب بوجه اخر وهو انه لما لم يعتق
الا بالقبول بعد الموت لم يكن العتق معلقا بمطلق
الموت وفي مثل هذا لا يعتق الا باعتاق الوارث
لانتقال العبد الى ملك الوارث قبل القبول كما
لو قال انت حر بعد موتي بشهر بخلاف المدبر
لان عتقه تعلق بنفس الموت فلا يشترط اعتاق
الوارث فان قيل انت مدبر على الف درهم معناه
انت حر بعد موتي على الف درهم فيكون كمسئلة
الكتاب معنى فينبغي ان يكون الايجاب في مسئلة
الكتاب حتى شرط القبول بعاقبه اجيب
بان هذا يمين من جانب المولى حتى لا يتمكن من
الرجوع وفي الايمان يعتبر اللفظ وليس في قوله
انت مدبر على الف اضافة الحرية الى ما بعد
الموت لفظا فلا يشترط القبول بعده وفي مسئلة
الكتاب اضافة الحرية الى ما بعد الموت لفظا فيشترط
القبول بعده قال ومن اعتق عبده على
خدمته اربع سنين ومن قال لعبده انت حر
على ان تخدمني اربع سنين فقبل العبد عتق
فلو مات من ساعته فعليه قيمة نفسه في ماله

Copyright © King Saud University

عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد وهو
قول ابي حنيفة الاول عليه قيمة خدمته اربع
سنين اما العتق فلان الخدمة في مدة معلومة
جعلت عوضا عن العتق وكل ما جعل عوضا عن
العتق فالعتق يتعلق بقبوله لانه الحكم في الاعواض
كلها وقد وجد القبول فنزل العتق ولزمه خدمة
اربع سنين لانه يصلح عوضا لحدوث حكم المالية
بالعقد ولهذا صلحت صداقا مع ان الله تعالى شرع
ابتغا الابضاع بالاموال حيث قال تعالى واحل
لكم ما ورا ذلكم ان تبتغوا باموالكم فصار كما اذا اعتقه
على الف درهم ثم اذا مات العبد فالخلاف فيه بنا
على خلاف في اخرى وهي ان من باع نفس
العبد منه بجارية بعينها ثم استحقت الجارية
او هلكت يرجع المولى على العبد بقيمة نفسه
عندهما وبقيمة الجارية عنده وهي اي مسئلة
بيع نفس العبد منه بالجارية اذا استحقت معروفة
في طريقة الخلاف وذكر في الكتاب وجه البناء
ولم يذكر وجه كل واحد من القولين ولا باس بذكر
ذلك وجه قول محمد ان الخدمة بدل ما ليس
بمال وهو العتق ولا قيمة للعتق وقد حصل
العجز عن تسليم الخدمة بموته فوجب تسليم
قيمتها ووجه قولهما ان الخدمة بدل بادلا انها
بدل نفس العبد لكن البدل لما تعذر تسليمه
وجب تسليم المبدل وهو العبد لكن اذ تعذر
تسليمه لان العتق لا يقبل الفسخ فوجب تسليم

قيمته

قيمته لامكان ذلك هذا في المعنى ولقائل ان يقول هذا
مناقض لما قال المصنف في اول الباب انه معاوضة مال
بغير مال لان العبد لا يملك نفسه والجواب
ان الاعتاق على مال معاوضة مال بغير مال من
وجه بالنظر الى مولاه وبيانه بذلك بيع عبد و
بجارية فانه اذا مات العبد وفسخ العقد على الجارية
يلزمه قيمة العبد على ما نذكره واما المتفق عليه
فوجه محمد ان هذا بدل ما ليس بمال وهو العتق
لان بيع العبد من نفسه اعتاق وقد عجز عن
ايفا البدل وليس للمبدل وهو العتق قيمة فيجب
فيجب قيمة البدل ووجه قولهما ان الجارية بو
بدل نفس العبد بالعتق فيجب تسليم قيمته
كما اذا تبايعا عبدا بجارية ثم مات العبد فتفاسخا
العقد على الجارية يلزمه قيمة العبد وقوله
وكذا بموت المولى يعني ان موت المولى في هذه
الصورة كموت العبد فصار نظير المسئلة فيكون
الحكم فيهما سوا وقوله ومن قال لاخر
اعتق امتك عني على الف درهم على لم يذكر في بعض
النسخ على اكتفا لانه على الوجوب وذكر
في بعضها لتاكيد المسئلة ظاهرة وقوله
وقد قررناه من قبل يعني في الخلع في مسئلة
خلع الاب ابنته الصغيرة على وجه انه [illegible]
ان الاجنبي في باب الطلاق كالمراة في عدم حصول
شي لهما بالطلقة اذ لها بذلك سقوط ملك الزوج
عنها لا غير فلما جاز ان تلتزم المراة بالمال فكذلك

Copyright © King Saud University

الاجنبي كالعبد حيث لا يثبت له شيء اصلا فكان نو
اشتراط البدل عليه كاشتراط الثمن على غير المشتري
فلا يجوز قوله ولو قال اعتق امتك عني
بالف درهم والمسئلة بحالها اي قال على ان تزو
جنيها ففعل فابت ان تتزوجه قسمت الالف
على قيمتها ومهر مثلها فما اصاب القيمة اداه
الآمر وما اصاب المهر بطل عنه والوجه ما ذكره
في الكتاب وهو واضح قوله على ما عرف
في اصول الفقه وفيه شبهتان احدهما
انه هذا البيع فاسد لانه بيع الفاسد لا يفيد
الملك بدون القبض ولا ملك ههنا فيجب ان
لا يقع العتق اذ لا عتق فيما لا يملكه ابن ادم والثانية
ان البيع اذا كان فاسدا وجب قيمة العوض و
يجب قيمة المبيع كاملة والقول بما يخصه من
الثمن انما هو موجب البيع الصحيح كما اذا جمع
بين عبد ومدبر وبين عبده وعبد غيره
فان البيع صحيح في العبد بحصته من الثمن كما
سيأتي واجاب الامام شمس الائمة السرخسي
عن الاولى بان الامة ينتفع بهذا الاعتاق و
من هذا الوجه يصير قابضة نفسها ادنى قبض
وادنى القبض يكفي في البيع الفاسد كالقبض
مع الشيوع فيما يحتمل القسمة وقال الامام فخر الاسلام
عن الثانية بان البيع مدرج في الاعتاق
فاخذ حكم الاعتاق في عدم الفساد بالشرط
فلم يبطل البيع بشرط النكاح فيجب القول بما

يخصه

يخصه من الثمن قوله فلو وجب نفسها
منه يجيء في المسئلتين لم يذكره محمد في الجامع
الصغير وجوابه ان ما اصاب قيمتها سقط في الوجه
الاول وهو ما اذا لم يقل عني لعدم صحة الضمان
وهي للمولى اي حصة القيمة للمولى اي حصة القيمة
للمولى في الوجه الذي قال فيه عني وما اصاب مهر
مثلها كان مهر للامة في الوجهين باب
التدبير ذكر الاعتاق الواقع بعد الموت عقيب
الاعتاق الواقع في الحياة ظاهر المناسبة و
والتدبير في اللغة هو النظر الى عاقبة الامر وفي
الشريعة هو ايجاب العتق الحاصل بعد موت الـ
الانسان بالفاظ تدل عليه صريحا كقوله دبرتك
او انت مدبر او دلالة كقوله اذا مت فانت
حر وانت حر مع موتي او في موتي وكقوله
اوصيت لك بنفسك او برقبتك او بعتقك او
بثلث مالي فحكمه انه لا يجوز اخراجه عن ملكه
الا الى الحرية كما في الكتابة فاذا مات وهو يخرج
من الثلث عتق وان لم يخرج عتق ثلثه ويسعى
في ثلثيه وقال الشافعي يجوز بيعه وهبته لانه
تعليق العتق بالشرط فلا يمتنع له البيع والهبة
كما في سائر التعليقات من دخول الدار ومجيء
راس الشهر وغيرهما وكما في المدبر المقيد فان
ذلك جائز فيه بلا خلاف ولان التدبير وصية
حتى يعتبر من ثلث المال والوصية لا تمنع الموصي
من التصرف بالبيع ونحوه كما لو اوصى برقبته لانسان ده

Copyright © King Saud University

ولنا قوله صلى الله عليه وسلم المدبر لا يباع ولا يوهب
ولا يورث وهو حر من الثلث رواه نافع عن
ابن عمر ولانه اي التدبير سبب الحرية لان
الحرية تثبت بعد الموت فلابد لها من سبب
ولا سبب غيره ثم اما ان يكون سببا في الحال
او بعد الموت لا جائز ان يكون بعد الموت لانه
حال بطلان الاهلية فلا يمكن تاخير السببية
اليه ولانه في الحال موجود وبعد الموت معدوم
لكون كلامه عرضا لا يبقى فتعين ان يكون
سببا في الحال واعترض على المصنف بان هذا
الكلام مناقض لما ذكره في اخر باب العبد يعتق
بعضه حيث قال وفي المدبر ينعقد السبب بعد
الموت واقول قوله ثم جعل سببا في الحال
وان كان المذهب عند اصحابنا ليس بمتعين
فيحمل ما ذكره هناك على الاولى فيندفع
التناقض ويكون قد اطلع رواية من اصحابنا
انه يجوز ان يكون سببا بعد الموت او اختار
جوازه باجتهاده وجعل ما ذهب اليه الاصحاب
اولى فان قيل في المدبر تعليق وليس
في التعليق شي من السبب ثابتا في الحال انما
يكون عند وجود الشرط فما بال التدبير خالف
سائر التعليقات وهو مودي قول الشافعي كما
في سائر التعليقات اجاب بقوله بخلاف
سائر التعليقات لان المانع من السببية قائم فيه
قبل الشرط واعلم ان في كلام المصنف غموضا لانه

لا ينكشف

١٠٦

لا ينكشف على وجه التحصيل الا بعد بيانه
فلابد منها فنقول المانع هو ما ينتفي به ينتفي
به الشي مع قيام مقتضيه وكلما ينافي اللازم
ينافي الملزوم واذا ظهر هذا قلنا القياس
يقتضي ان يكون سائر التعليقات اسبابا
في الحال لكن المانع عن السببية في الحال وهو
كون تصرف التعليق يمينا قائم لان اليمين مانع عن
تحقق الشرط اللازم للحكم فان المقصود من
اليمين هو المنع من تحقق الشرط وما كان مانعا عن
تحقق اللازم الذي هو الشرط كان مانعا عن تحقق
الملزوم الذي هو الحكم وهو وقوع الطلاق واليه
اشار بقوله وانه يضاد وقوع الطلاق والعتاق
وما كان مانعا للحكم لا يمكن ان يكون سببا له
فتعين كون تصرف التعليق يمينا يمنع عن كونه
سببا للحكم وهو الطلاق والعتاق فان قلت
قد يكون اليمين بقصد الحمل كما في قول الرجل ان لم تدخلي
الدار فانت طالق وقد ذكر في الكتب ان اليمين تعقد
للمنع او الحمل فكيف قال والمنع هو المقصود [illegible]
الحصر عند العلماء قلت لا يقصد باليمين
التزم منها الشرط والشرط فيما ذكرتم هو النفي والمقصود
المنع منه وفي مثله الحمل فان قلت التدبير يمين
او ليس بيمين فان كان يمينا وجب ان لا يكون
سببا لقيام المانع على ما قررتم وان لم يكن يمينا لم
يكن تعليقا [illegible] سائر التعليقات ان اليمين يعني الباقي
قلت تضمنه يمين لتعلق عتقه بامر كائن

Copyright © King Saud University

بخلاف سائر التعليقات واستقامة اطلاق سائر
التعليقات بطريق المشاكلة ان لم يكن اليمين اخص
من التعليق ويرد عليه انت طالق اذا جاء غد
فانه تعليق بامر كائن وليس بسبب في الحال
والجواب انه اضافة لا تعليق وقوله
ولا يمكن تاخير السببية الى زمان الشرط لقيام و
الاهلية فرق آخر بين المدبر وسائر التعليقات
ووجهه ان التدبير لا يمكن فيه تاخير السبب
الى ما بعد الموت لما ذكرنا من انتفاء الاهلية الاعتاق
واما سائر التعليقات فتاخير السببية فيه
الى زمان الشرط ممكن لقيام الاهلية عنده فافترقا
واعترض بان قيام الاهلية ليس بشرط عند وجود
الشرط لكن حلف فلانة وهو صحيح ثم جن عند
وجود الشرط كما تقدم والجواب ان قيام
الاهلية ليس بشرط عند وجود الشرط اذا لم تكن
التعليقة ابتداء بطلان الاهلية كما ذكرتم
في صورة المجنون واما اذا كان فلا نسلم ان الاهلية
اذ ذاك على شرط وقوله ولانه وصية
والوصية خلافة في الحال فرق آخر بينهما وتقريره
التدبير المطلق وصية والوصية سبب الخلافة في
الحال لان الموصي يجعل الموصى له خلفا في بعض ماله
بعد موته كالوراثة فانها سبب الخلافة في الحال
لان الموصي يجعل الموصى له خلفا في بعض ماله بعد
موته كالوراثة فانها سبب الخلافة في الحال
واعترض بانه لو كان وصية لبطل اذا قتل المدبر سيده

لان

لان الوصية للقاتل لا تجوز كان الخروج قبلهما او
بعدهما ولجاز البيع لان الموصي يجوز له بيع الموصى به
ويكون رجوعا عن الوصية وليس الامر كذلك
والجواب عنهما جميعا ان ذلك في وصية لم تكن
على وجه التعليق لانها الوصية المطلقة والتدبير
ليس كذلك ووجه اختصاص ذلك ان بطلان
الوصية بالقتل وجواز وكون رجوعا انما يصح
في موصى به يحتمل الفسخ والبطلان والتدبير
لكونه اعتاقا لا يحتمل ذلك وقوله
وابطال السبب لا يجوز تتمة الدليل متصل بقوله
ولانه سبب الحرية وما بينهما لاثبات هذه المقدمة
وتركيب المقدمتين هكذا المدبر سبب الحرية
وسبب الحرية لا يجوز ابطاله وفي البيع وما
يشابهه من الهبة والصدقة والامهار ذلك
اي ابطال سبب الحرية فلا يجوز قال وللمولى
ان يستخدمه ويواجره التدبير لا يثبت الحرية
في الحال وانما يثبت استحقاق الحرية فكان الملك
فيه ثابتا ولهذا لو قال كل مملوك لي فهو حر دخل
فيه المدبر واذا كان كذلك فللمولى ان يستخدمه
ويواجره وان كانت امة وطئها وله ان يزوجها
لان ولاية هذه التصرفات بالملك وهو ثابت فاذا
مات المولى عتق المدبر من ثلث ماله لما روينا و
هي من حديث ابن عمر وهو قوله عليه السلام
وهو حر من الثلث ولان التدبير وصية لكونه
مضافا الى ما بعد الموت ولا يصح الوصية الا ذلك

والحكم يعني العتق غير ثابت في الحال لانه يعتمد استحقاق
الحرية كما ذكرنا انفا وكل وصية تنفذ من الثلث
حتى لو لم يكن له مال غيره يسعى في ثلثي رقبته وان
كان على المولى دين يسعى في كل قيمته لان الدين
مقدم على الوصية والعتق لا يمكن نقضه فيجب عليه
رد قيمته وقوله وولد المدبرة مدبر
هذه هي النسخة الصحيحة ووقع في بعض النسخ
وولد المدبر وليس كذلك بصحيح لان ولد المدبر
اما ان يكون من امة او غيرها فالاول رقيق
لمولاها والثاني يتبع الام في التدبير والكتابة
وغيرهما دون الاب واما ولد المدبرة فهو مدبر
نقل على ذلك اجماع الصحابة وخوصم الى عثمان في اولاد
مدبرة فقضى بان ما ولدته قبل التدبير عبيد يباع
وما ولدته بعد التدبير فهو مثلها لا يباع وكان
ذلك بمحضر الصحابة ولم ينقل عن احد خلاف وقوله
فان علق التدبير بموته بيان للمدبر المقيد وهو
ان يعلق التدبير بموته على صفة مثل ان يقول
ان مت من مرضي او سفري او مرض كذا فليس بمدبر
ويجوز بيعه لان السبب لم ينعقد في الحال لتردد
في تلك الصفات وربما يرجع من ذلك السفر ويبرا
من ذلك المرض بخلاف المدبر المطلق لانه تعلق عتقه
عتقه بمطلق الموت وهو كائن لا محالة وتعليقه
يسمى يمينا مجازا وهو ان المعلق به اذا كان
على خطر الوجود كان بمعنى اليمين وقد عرفت ان
صحة كونه يمينا يمنع عن السببية واما اذا كان

امرا

امرا كائنا لا محالة لم يكن في معنى اليمين فكان سببا
في الحال فان قيل اذا لم ينعقد السبب في الحال
ففي اي وقت ينعقد ان انعقد بعد الموت
فليس بحال اهلية الايجاب وان انعقد قبله
كيف يجوز بيعه فالجواب انه موقوف
فان مات المولى على الصفة التي ذكرها عتق كما
يعتق المدبر من الثلث لانه يثبت حكم التدبير
في اخر جزء من اجزاء حياته لتحقق تلك الصفة
وان عاش بطل التدبير ومن المقيدات ان يقول
ان مت الى سنة او عشر سنين لما ذكرنا يعني
قوله لتردد في تلك الصفة بخلاف ما اذا قال الى
مائة سنة ومثله لا يعيش اليه في الغالب لانه
كالكائن لا محالة وهذه الذي ذكره رواية
الحسن عن ابي حنيفة في المنتقى وذكر الفقيه
ابو الليث في نوادره لو ان رجلا قال لعبده انت
حر ان مت الى مائتي سنة قال ابو يوسف هذا
مدبر مقيد وله ان يبيعه وقال الحسن هو مدبر
لا يجوز بيعه لانه علم انه لا يعيش الى تلك المدة فصار
كانه قال ان مت فانت حر ولو مات قبل السنة
في الاول او قبل عشر سنين في الثاني عتق ولو مات
بعدهما لم يعتق لانه لم يوجد الشرط وهو المدبر المقيد

باب الاستيلاد

لما فرغ عن
بيان التدبير شرع في بيان الاستيلاد عقيبه
للمناسبة بينهما من حيث ان لكل واحد منهما حق الحرية
حقيقتها والاستيلاد طلب الولد قال الولد من الاسما

Copyright © King Saud University

الغالية كالعصيرة في العصفات الغالية اذا ولدت الامة
من مولاها فصارت ام ولد له لا يجوز بيعها
ولا هبتها ولا تمليكها لقوله عليه السلام لما ولدت
مارية ابراهيم من رسول الله صلى الله عليه وسلم
قيل له الا تعتقها فقال اعتقها ولدها اخبر عن
اعتاقها فثبت بعض مواجبه وهو حرمة البيع
لان الحديث دال على تنجيز الحرية لكن عارضه
ما روي عن ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
قال ايما رجل ولدت امته منه فهي معتقة عن
دبر منه فعملنا بهما جميعا ومنعنا البيع بالحديث
الاول والتنجيز بالحديث الثاني ولا يقال محلية
البيع معلومة فيهما بيقين فلا يرفع الا بيقين مثله
وخبر الواحد لا يوجبه لانا نقول الاحاديث الدالة
على عتقها من المشاهير وقد انضم اليها الاجماع و
اللاحقة فوقعتها ولان الجزئية قد حصلت بين
الواطي والموطوءة بواسطة الولد فان الماءين قد
اختلطا بحيث لا يمكن التمييز بينهما على ما عرف و
في حرمة المصاهرة وهي تمنع بيعها وهبتها لان
بيع جزء الحر وهبته حرام فان قيل لو كانت
هذه الجزئية معتبرة لتنجز العتق لان الجزئية
توجبه ولسنا قائلين به اجاب بقوله الا بعد
الانفصال يعني ان الولد انما يعلم بعد الانفصال يعني
الجزء حكما لا حقيقة فضعف السبب فاوجب حكما
مؤجلا الى ما بعد فصار ضد المعقود بالمعقول في
اثبات حكم مؤجل الى ما بعد الموت وهو العتق فيحرم

بيعها

بيعها في الحال لثبوت حق الحرية فيها فان قيل
لو كانت الجزئية باقية حكما لعتقت من ملكته امرأته
التي ولدت منه بعد موتها وليس كذلك اجاب
بقوله وبقاء الجزئية حكما ومعناه ان بقاء الجزئية
حكما عبارة عن ثبات النسب والاصل في ثبات
النسب هو الرجل لان الولد ينسب اليه والام انما
تنسب بواسطة الولد يقال ام ولد فلان فكذلك في
الحرية تثبت في حقهم لا في حقهن وقوله
وكذا اذا كان مملوكا له يعني لو كانت الجارية
مشتركة بين رجلين فاستولدها احدهما كانت
ام ولد له لان الاستيلاد لا يتجزى لانه فرع ما لا يتجزى
وهو النسب فيعتبر باصله فان قيل عقده
ذكر في باب العبد يعتق بعضه والاستيلاد يتجزى
عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر
عليه الى آخره فما وجه التوفيق بين كلاميه اجيب
بان معنى قوله لا يتجزى يتملك بنصيب صاحبه
بالضمان مع ملك نصيبه فيكمل الاستيلاد على
ما يجي نحو هذا في الباب لان نصيب صاحبه قابل
للنقل بضمان المستولد لان الاستيلاد وقع في امة
وهي قابلة للانتقال من ملك الى ملك وما ذكره
هناك من تجزي الاستيلاد فانما فرض المسألة
في المدبرة وهي غير قابلة للنقل فكان الاستيلاد
مقتصرا على نصيبه فيتجزى الاستيلاد ضرورة و
فكان دفع التناقض باعتبار اختلاف الموضوع و
والمحال وبانه يحتمل ان يكون فيه روايتان عن

ابي حنيفة وذلك لانه اجعلا الاستيلاد مقتبسا على
في انه لا يتجزى فكانه جعلاه اعتاقا واجاب عنه ابو
حنيفة بانه متجز عنده في ذلك الباب ومثل هذا
كان لاحتياط انهما وايتون كذا في النهاية قال
وله وطيهما واستخدامهما واجارتهما وتزويجهما قد ذكرنا
ان الاستيلاد يوجب حق الحرية لا حقيقتها فكان
الملك فيهما قائما كالمدبرة فجاز له ان يطأها ويستخدمها
ويوجرها ويزوجها فيما ان يستمتع بها فان قيل
شغل الرحم بمائه محتمل واحتمال ذلك يمنع جواز النكاح
كما في المعتدة اجيب بان محل جواز النكاح
كانت ثابتة قبل الوطء وقد وقع الشك في زو
والها فلا يرتفع به بخلاف النكاح فان المنكوحة
خرجت عن محلية نكاح الغير فلا يعود اليها الا بعد الفراغ
حقيقة وذلك بعد العدة وقوله ولا يثبت
نسب ولدها اي ولد الامة رجوعا الى ما ابتدا به
اول الباب بقوله اذا ولدت الامة من مولاها
لما ان ولد ام الولد يثبت نسبه من غير دعوة بنا
على ما يجي في قوله فان جاءت بعد ذلك بولد يثبت
نسبه بغير اقرار وحكم المدبرة كحكم الامة في انه
لا يثبت النسب منها بدون دعوة المولى وقوله
الا ان يعترف به اي بالولد والاعتراف بالوطء غير
ملزم وقال الشافعي يثبت نسبه منه وان لم
يدع لانه لما ثبت النسب بالعقد اي بالنكاح الذي
هو مفوض الى الوطء فلان يثبت بنفس الوطء وهو اولى
ولنا ان وطئ الامة يقصد به قضاء الشهوة دون

الولد

الولد لوجود المانع عنه اي عن طلب الولد وهو سقوط
التقوم عنده ونقصان القيمة عندهما او عدم نجاسته
اولادها عندهم فلا بد من الدعوة بمنزلة ملك
اليمين من غير وطئ فانه لا يثبت النسب فيه بغير
الدعوة بخلاف العقد لان الولد يتعين مقصودا منه
فلا حاجة الى الدعوة لايجاد النسب باعتبار الحرية
او بها وقع لها القصد وعدمه لا مدخل له في
ذلك لانا نقول لو كان ذلك مداره ثبت من الزاني
وليس كذلك وانما النظر الى الموضوعات الاصلية
والعقد موضوع لذلك فلا يحتاج الى الدعوة وفي
الامة ليس بموضوع له فيحتاج اليها وان جاءت بعد
ذلك بولد يثبت نسبه من غير اقرار اذا كان قد
اعترف بالولد الاول لانه بدعوى الاول تعين
الولد مقصودا منها وصارت فراشا كالمعقودة
الا انه اذا نفاه ينتفي من غير لعان ما لم يتصل القاضي
به او لم يتطاول المدة فاما بعد قضاء القاضي فقد
لزمه على وجه لا يملك ابطاله ولذلك هو
بعد التطاول لانه يوجد منه دليل الاقرار في هذه
المدة من قبول التهنئة ونحوه وذلك كالتصريح
بالاقرار واختلافهم في مدة التطاول قد سبق في
اللعان وقوله لان فراشها ضعيف
واضح وقوله وهذا الذي ذكرناه اي
عدم ثبوت نسب ولد الامة بدون الدعوة حكم
قضاء القاضي فاما الديانة يعني فيما بينه وبين الله
تعالى فالاعتراف به والدعوة ان وطئها وحصنها

Copyright © King Saud University

ولم يعزل عنها والمراد بالتحصين صونها وحفظها عما يوجب
ريبة الزنا وقوله لان هذا الظاهر
وهو ان الولد منه عند التحصين وعدم العزل
ثابتا بلما اي يعارضه ظاهر آخر وهو العزل او ترك التحصين
وقوله وفيه روايتان اخريان في بعض
النسخ اخراوان وليس بصحيح وقوله وعن
ابي يوسف وعن محمد قيل فائدة تكرار عن دفع
وهم من يتوهم ان الروايتين عنهما باتفاقهما فانه
ليس كذلك وانما عن كل منهما رواية تخالف رواية
الآخر فاما رواية ابي يوسف فهي انه اذا وطئها ولم
يستبرئها بعد ذلك حتى جاءت بولد فعليه ان يدعيه
سواء عزل عنها او لم يعزل حصنها او لم يحصنها تحسينا
للظن بها وحملا لامرها على الصلاح ما لم يتبين خلافه
واما رواية محمد فهي انه لا ينبغي له ان يدعيه اذا
لم يعلم انه منه ولكن ينبغي له ان يعتق الولد ويستمتع
بها ويعتقها بعد موته لان استلحاق نسب ليس
منه لا يحل شرعا فيحتاط من الجانبين وذلك في ان
لا يدعي النسب ولكن يعتق الولد ويعتقها بعد موته
لاحتمال ان يكون منه وما ذكره ابو حنيفة هو
الاصل لانه اذا وطئها ولم يعزل وحصنها فالظاهر
ان الولد منه فيلزمه ان يدعيه ان لم يحصن او
عزل تعقد وقع الاحتمال فلا يلزمه الاعتراف و
بالشك قوله فان زوجها فجاءت بولد
فهو في حكم الامة لان الاوصاف القارة في الامهات
تسري الى الاولاد والنسب يثبت من الزوج لان

الفراش

الفراش له بالنكاح وان كان النكاح فاسدا بعد ما اتصل
بها الدخول لان الفاسد ملحق بالصحيح في حق الاحكام
ومن الاحكام ثبوت النسب وعدم جواز البيع
والوصية واذا كان الفاسد ملحقا بالصحيح كان اقوى
من فراش ام الولد وقوله ولو ادعاه
المولى معناه اذا زوج المولى امته فولدت فادعاه
المولى لا يثبت النسب منه لانه ثابت النسب
من غيره ويعتق امه ام ولد لاقراره وانما غير نظم
كلامه بذلك ليستقيم قوله وتصير امه ام ولد له لان
امومية ام الولد ثابتة قبل هذه الدعوة فلا يستقيم
ح وقوله وتصير امه ام ولد له هكذا نقل
عن فوائد مولانا حميد الدين الضرير فان قيل ينبغي
ان لا تصير امه ام ولد لمولاها لانه امية الولد مبنية
على ثبوت النسب بدعوة الولد فاذا لم يثبت الاصل منه
كيف يثبت الفرع اجيب بان مجرد الاقرار بالاستيلاد
كاف لثبوته وان كان ذلك الاقرار في ضمن شيء لم
يثبت ذلك الشيء لمصادفة اقرار المولى في محله وهو
الملك وهذا لاحتمال ان يكون الولد ثابت النسب من
الزوج واستغنائه عن النسب فيلغي معتبرا في حق
الام لاحتياجها الى ان تصير ام ولد قال واذا مات المولى
عتقت من جميع المال واذا مات عتقت من جميع المال
سواء كان زوجها اولا لما رواه محمد بن الحسن مرفوعا الى
سعيد بن المسيب ان النبي صلى الله عليه وسلم امر بعتق
امهات الاولاد وان لا يبعن في دين ولا يجعلن من
الثلث ومعنى قوله امر حكم لا امر المصطلح فانهن يعتقن

Copyright © King Saud University

بعد الموت كما تقدم وانما ذكر الدين لبيان العمد ايه للزوما
فالورثة ولا يسعين من الثلث تاكيد لانه فهم
من قوله وان لا يسعين في دين ولان الحاجة الى الولد
اصلية لان الانسان يحتاج الى ابقا نسله كما يحتاج
الى ابقا نفسه كما يحتاج الى ابقا نفسه وكل ما كان من
الحوائج الاصلية يقدم على حق الورثة والغرما هو
كالتجهيز والتكفين بخلاف التدبير لانه وصية بما هو
من زوائد الحوائج وقوله ولا سعاية عليها
اي على ام الولد في دين المولى لعدم ما بينا ان
الحاجة الى الولد اصلية الى اخره وفي بعض النسخ
لا دون يعني حديث سعيد بن المسيب ووجه
ذلك انه لما قال ولا يسعين دل على انتفا المالية
اذا عدمت ماليتها لم يبق عليها سعاية قوله
لانها يعني ام الولد ليست بمال متقوم حتى لو غصبها
رجل وماتت عنده لا يضمنها الغاصب عند ابي
حنيفة لان ماليتها غير متقومة عنده وقد
تقدم فلا يتعلق بها حق الغرما كالقصاص فان من
ترك له القصاص بدينهم لا يستوفوا منه ديونهم
بمقابلة ما وجب عليه القصاص من مديونهم لان
القصاص ليس بمال متقوم حتى ياخذوا بمقابلته
شيا متقوما وكذا اذا قتل المديون رجلا لا يقدر
الغرما على منع ولي القصاص من استيفا القصاص
وكذا اذا قتل رجل مديونا والمديون قد عفى لا يقدر
الغرما على منع المديون عن العفو فاذا اسلمت
ام ولد النصراني فعليها ان تسعى في قيمتها وهي

تلك

تلك قيمتها قسمة على ما تقدم وكلامه واضح واستشكل
القول بالسعاية عليها عند ابي حنيفة لان مالية
ام الولد غير متقومة عنده فان القول بالسعاية
قول بالتقوم لان السعاية بدل ما ذهب من ماليتها
قوله ومالية ام الولد يعتقدها الذمي متقومة
فيترك وما يعتقده جواب عن هذا الاشكال وقوله
ولانها يعني مالية ام الولد ان لم تكن متقومة فهي
محترمة وهذا اي كونها محترمة يكفي لوجوب الضمان
جواب اخر لذلك الاشكال واعترض عليه بان
الاحترام لو كان كافيا لوجوب الضمان لوجب على
غاصب ام الولد واجيب بان مبنى الضمان في الغصب
على المماثلة ولا مماثلة بين ماليتها لانتفا تقومها وبين
ما يضمن به المال المتقوم وهذا على طريقة
تخصيص العلل وقد تقدم الكلام في مثله قوله
كما في القصاص المشترك يعني اذا كان القصاص مشتركا
بين جماعة وعفى احدهم تجب المال للباقين وان لم
يكن القصاص مالا متقوما لكنه حق محترم فجاز ان يكون
موجب الضمان لاحتباس نصيب الاخرين عنده بعفو
احدهم ولو مات مولاها وهو النصراني عتقت بلا
سعاية لانها ام ولد ولو عجزت في حياته لا ترد قنة
لانها لو ردت قنة اعيدت مكاتبة لقيام الموجب
وهو اسلامها مع كفر مولاها قوله ولو لم
يستولدها [illegible] المسئلة ظاهرة وتعرض بوجه [illegible]
المنافي بهذه علقت برقيق وهو ظاهر ومن علقت
برقيق لا يصير ام ولد لو علقت منه لان امومية

Copyright © King Saud University

الولد باعتبار علوق الولد حرا لان الام في تلك
الحالة اي في حالة العلوق والحبل لاجل انها كانت
موضع النزاع ليس كذلك لان الام رقيقة لمولاها
في تلك الحالة وقيل ان علوق الولد حرا كان امرا محتاجا
للحكم قوله كما اذا علقت من الزنا ثم
ملكها الزاني اي انها لا تكون ام ولد لكون العلوق ليس
من مولاها قيل في كلامه تسامح لان قوله و
هذا يدل على ان علة الاستيلاد كون العلوق
من مولاها ولهذا لا يثبت اذا علقت من الزنا
وقوله وهذا لان امومية الولد باعتبار علوق
الولد حرا يدل على ان هذا هو العلة وهو المشهور
عنه وذلك مغاير للاول وهذا فاسد لان العلة
هو علوق الولد حرا عنده ليس الا وفي صورة
الزنا انما لم يثبت امومية الولد لان الولد انعلق
رقيقا لان الماء في رحمها في تلك الحالة ملك
مولاها ولنا ان سبب الاستيلاد هو الجزئية
الحاصلة بين الوالدين على ما ذكرنا من قبل في اول
الباب حيث قال ولان الجزئية قد حصلت بين
الواطئ والموطوءة والجزئية انما تثبت بينهما بنسبة
الولد الى كل منهما كملا وقد ثبت النسب بالنكاح
فثبتت الجزئية بهذه الواسطة واذا ثبتت الجزئية
ثبتت امومية الولد وقوله بخلاف
الزنا جواب عن قوله كما اذا علقت بالزنا لانه
لا نسب فيه اي في الزنا للولد الى الزاني فلا تثبت
الجزئية المعتبرة في الباب وهو الجزئية الحكمية

فلا

فلا تثبت امومية الولد فان قيل لما لم يثبت
النسب من الزاني فعلام يعتق عليه الولد من الزنا
اذا ملكه اجاب بقوله وانما يعتق على الزاني
اذا ملكه لانه جزؤه حقيقة بغير واسطة بخلاف
امومية الولد فانها تثبت بواسطة نسبة الولد
والنسبة عن الزاني منقطعة فكان امومية الولد
بالزنا نظير من اشترى اخاه من الزنا لا يعتق
عليه لانه اي الاخ ينسب اليه بواسطة نسبته
الى الوالد وهي غير ثابتة والمراد بالاخ الاخ لاب
واما الاخ لام فانه يعتق عليه اذا ملكه وان كان
من الزنا لان النسبة بينهما ثابتة وقوله
واذا وطئ جارية ابنه فاتت قال واذا كانت
الجارية بين الشريكين هذه المسألة قد مر ذكرها
في اول الباب حيث قال وكذا اذا كان بعضها
مملوكا وقد كان ذكرها هناك من حيث ان حق
الاستيلاد يخرج الامة الى حق الحرية قبل الموت
والى حقيقتها بعده وذكرها ههنا باعتبار ثبوت
النسب وبيان ما اريد بعدم تجزي الاستيلاد
المذكور هناك ويملك نصيب صاحبه وضمان
نصف العقر وغير ذلك مما ذكره فلا يعد تكرارا
وكلامه واضح خلا ما ننبه عليه وقوله
فادعاه احدهما لا يفرق في ذلك بين الصحة والمرض
قوله لانه لما ثبت النسب منه في
نصفه الى اخره يرد عليه النقض وهو ان يقال
لما لم يثبت النسب منه في نصف الشريك بمصادقته

ملك غيره لا يثبت في الباقي ضرورة انه لا يتجزى الى
آخر ما ذكر في الكتاب ويجاب عنه بتغليب جانب
المثبت للنسب احتياطا الا يرى انه يسقط الحد عنه
جميعا الطريق ويجب العقر فلذلك يثبت النسب
منه بدعوة وقوله فيعتقه الملك
في نصيب صاحبه قال في النهاية هذا على اختيار بعض
المشايخ واما الاصح من المذهب فالحكم مع علته
يقترنان لما عرف في اصول الفقه واقول يجوز ان
يكون مراده بالتعقيب التعقب الذاتي دون
الزماني وح يكون واردا على الاصح من المذهب
وقوله بخلاف الاب اذا استولد جارية
ابنه لان الملك هناك يثبت شرطا للاستيلاد
فيتقدمه وهذه التفرقة من الشريك والوالد
من حيث ان ملك الشريك في النصف قائم وقت
العلوق وذلك يكفي الاستيلاد فيجعل بملكه
نصيب صاحبه حكما للاستيلاد فيكون الوطي
واقعا في غير ملكه وذلك يوجب الحد لكنه
سقط بشبهة الشركة فيجب العقر واما الاب
فلم يكن له ملك في الجارية وقد استولدها
فيجعل ملكه فيها شرطا للاستيلاد فيملكه حملا لامره
على الصلاح فيكون الوطي في ملكه والوطي فيه
لا يوجب العقر والمراد بالعقر مهر المثل فيكون
الشريك ضامنا نصف مهر مثلها هكذا في مبسوط
شمس الايمة السرخسي وفي مبسوط شيخ الاسلام
والمحيط العقر قدر ما يستاجر هذه المراة لو كان

الاستيجار

الاستيجار للزنا حلالا وقوله فلم يتعلق
منه شيء على ملك الشريك لانه كما علق انعلق
حر الاصل لان نصفه انعلق على ملكه وانه يمتنع
ثبوت الرق فيه لما ذكرنا من ترجيح مثبت النسب
وان ادعياه معا يثبت نسبه منهما قال المص
معناه اذا حملت على ملكهما وانما قيد بذلك لانه
اذا كان الحمل على ملك احدهما نكاحا ثم اشترياها
هو واخر فهي ام ولده لان نصيبه منها صار ام ولد
له والاستيلاد لا يتجزى فيثبت في نصيب شريكه
ايضا وقال الشافعي يرجع الى قول القافة وهي
جمع القائف كالباعة في جمع البائع وهو الذي يتبع
اثار الاباء في الابناء من قاف اثره اذا اتبعه
والقيافة في بني مدلج منهم المجزز لان اثبات النسب
من شخصين مع علمنا ان الولد لا يتخلق من ماءين
اي من ماء فحلين متعذر فعملنا بالشبه وقد
سر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقول القائف
في اسامة روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
دخل على عائشة واسارير وجهه تبرق من
السرور فقال اما علمت ان مجزز المدلجي مر باسامة
وزيد وعليهما قطيفة قد غطيا وجوههما
وارجلهما بادية فقال ان هذه الاقدام بعضها
من بعض ولو كان الحكم بالشبه باطلا لما جاز اظهار
السرور ولوجب عليه الرد والانكار ولنا كتاب
عمر الى شريح في هذه الحادثة لبسا فلبس عليهما
ولو بينا لبين لهما هو ابنهما يرثانه ويرثهما وهو

للباقي منهما اي الولد يكون للاب الباقي من الابوين البنوة
كاملا اذا مات احدهما يعني يكون كل الميراث للحي دون ان
يكون نصفه لورثة الاب الميت وقوله وكان
بمحضر من الصحابة تدوم به ابرازه في معنى الاجماع عليه
وقوله في سبب الاستحقاق يعني الملك
وتجلي الدعوة وقوله احكام متجزية يريد
بها مثل النفقة و ولاية التصرف في ماله والحضانة
والميراث مما يقبل التجزية كالميراث يثبت على التجزية
في حقهما وما لا يقبلها كثبوت النسب و ولاية الانكاح
يثبت في حق كل واحد منهما كملا كان ليس معه غيره
وقوله الا اذا كان احد الشريكين اسنانا
من قوله وما لا يقبلها يثبت في حق كل منهما كملا هو
وقوله وهو سرور النبي صلى الله عليه وسلم
جواب عن قوله وقد سر رسول الله صلى الله عليه وسلم
ما اختلفوا فيما اذا ادعى الولد اكثر من اثنين فجوزه
ابو حنيفة ونفاه ابو يوسف وجوزه محمد الى الثلث
قال ابو يوسف يثبت على خلاف القياس بقضية عمر
فلا يتعداه وقال محمد الثلاثة قريبة من اثنين وقال
ابو حنيفة سبب الحرية الملك والدعوة وقد وجد
وقوله فيصير نصيبه منهما ام ولد له تبعا
لولده يعني جزء كل واحد منهما يوما لما كانت تعلقه
قبل هذا لانه لا تاثير للاستيلاد في ابطال ملكه
لغيره واذا مات احدهما عتقت ولا ضمان للشريك
في تركة الميت بالاتفاق لوجود الرضى منهما بعتقها
عند الموت ولا سعاية عليها في قول ابي حنيفة هو

ويسعى

ويسعى في نصف قيمتها للشريك الحي عندهما ولو اعتقها
احدهما حال حياتهما عتقت ولا ضمان على المعتق
لشريكه ولا سعاية في قول ابي حنيفة وعندهما
يضمن المعتق نصف قيمتها ام ولد لشريكه ان كان
موسرا ويسعى في نصف قيمتها ان كان معسرا
وعلى كل واحد منهما نصف العقر قصاصا بماله و
على الاخر يعني الام اي تلك الذي له وقوله
كما اذا اقاما البينة يعني اذا اقاما البينة على شي و
يكون ذلك مشتركا بينهما على السوا فكذلك هنا
او اذا اقاما البينة على ابن مجهول النسب كان الحكم
هكذا فكذا هنا ومن وطي جارية مكاتبه فجاءت
بولد فادعاه فان قال بعد قبل المكاتب او لا فان
صدقه يثبت النسب ولا يصير الجارية ام ولد
للمولى وان كذبه فلا يثبت النسب ايضا وعن ابي يوسف
انه لا يعتبر تصديقه بل يثبت بمجرد دعواه المولى
النسب كما في الاب والجامع بينهما ان جارية المكاتب كسب
كسب المولى وجارية الابن كسب كسب الاب وجه
الظاهر وهو الفرق بين استيلاد جارية الابن حيث
يثبت فيه النسب بغير تصديق وجارية المكاتب حيث
يشترط فيها التصديق ان المولى لا يملك التصرف في اكتساب
مكاتبه لحجره على نفسه ولهذا لا يملك كسب المولى
عند الجارية والدعوة تصرف فلا يملكها المولى الا بتصديقه
والاب يملك مال ابنه لانه لم يحجر على نفسه فلا يعتبر
بتصديقه فافهم الانتجام وكذا اذا صدقه المكاتب لان
حق الملك ثابت له في كسبه وذلك كاف لاثبات نسب

الولد الاترى انه بعجزه ينقلب حقيقة ملك فلا حاجة
به الى التملك وليس للاب في مال الولد ملك ولا حق
ملك ولا يمكن اثبات النسب منه الا باعتبار تملك
الجارية فيثبت الملك سابقا ووقع الوطي في ملكه ثم
فولدت منه فكانت ام ولد له وقوله
وعليه عقرها اي على المولى عقر جارية المكاتب
لان الملك لا يتقدم الوطي لان ماله من حق الملك
كاف لصحة الاستيلاد فكان الوطي واقعا في غير
الملك وهو يستلزم الحد او العقر وقد سقط الاول
بالشبهة فتعين الثاني وقوله لما نذكره
اي نذكر الحق الذي للمولى على المكاتب في كتاب
المكاتب وقيل في كلام المص نظر لانه قال ماله
من الحق كاف لصحة الاستيلاد والمفهوم منه ثبوت
استيلاد جارية المكاتب والمنصوص في الكتب
عن ائمتنا ان الاستيلاد لا يثبت وهو نفسه
يصرح بهذا بعد خطين بقوله ولا تصير الجارية ام
ام ولده اي للمولى فاذا لم تصر الجارية ام ولد له فمن اين
يصح الاستيلاد والجواب ان دلالة لفظ الاستيلاد
على طلب نسب الولد اقوى من دلالته على كونها
ام ولد فكان المراد بقوله لصحة الاستيلاد لصحة
نسب الولد بدلالة ما بعده فان المص اجل قدرا
من ان يقع بين كلاميه في سطرين تناقض وقوله
وقيمة ولدها معطوف على قوله عقرها وقوله
وهو انه تبع اي الولد يعني ان الولد حصل له من كسب
كسبه فان المكاتب كسبه وجارية المكاتب كسب كسبه

وفيه

116

وفيه نوع تكلف ويجوز ان تكون انواع الجارية
كسب كسبه بذكر الضمير نظرا الى الخبر وهو كسب
والضمير في برقبته يعود الى الولد وقيل في قوله كما في
ولد المغرور نظر فصح الكلام كما في المغرور بدون
ذكر الولد على معنى ان الجارية لا تصير ام ولد للمولى
لعدم الملك فيهما والجواب ان قوله كما في ولد
المغرور متعلق بقوله فيكون حرا بالقيمة ثابت
النسب منه ولا بد من ذكر الولد فعلى هذا يلزم
ان يكون متعلقا بقوله ولا تصير الجارية ام ولد
لانه لا ملك له فيها حقيقة فتقديره كما في ام ولد
المغرور وقوله وان كذبه معطوف على
قوله فان صدقه المكاتب وقوله ولو
ملكه يعني ولد الجارية الذي ادعاه وكذبه المكاتب
يوما من الدهر ثبت نسبه منه لقيام الموجب
وهو الاقرار بالاستيلاد وزوال المانع وهو
حق المكاتب قال في المبسوط واذا ملك المولى
الجارية اي في صورة التصديق يوما من الدهر
صارت ام ولد له لانه ملكها وله منها ولد ثابت
النسب فان كذبه المكاتب ثم ملكه يوما ثبت
نسبه منه لان حق الملك له في المحل كان مثبتا
للنسب منه عند صحة الدعوة الا ان المعارضة
المكاتب اياه بالتكذيب امتنع صحة دعوته وقد
زالت هذه المعارضة حين ملكه

كتاب الايمان

المناسبات التي تقدم ذكرها بين الكتب التي ههنا
اقتضت الترتيب على ما تقدم وذكر الايمان عقيبه

Copyright © King Saud University

التحاق فلمناسبتها له في عدم تأثير الهزل والاكراه
فيهما او اليمين في اللغة القوة قال الله تعالى لاخذنا
منه باليمين وفي الشريعة عقد قوي به عزم الحالف
على الفعل او الترك وشرطها كون الحالف مكلفا و
سببها ارادة تحقيق ما قصده وركنها اللفظ
الذي ينعقد به اليمين وحكمها البر فيما يجب البر فيه
ثم الكفارة عند فواته وانما قيد بقوله فيما يجب
البر لان من الايمان ما يجب فيه الحنث على ما سياتي
والايمان على ثلاثة اضرب لان اليمين بالله اما
ان يكون فيها مواخذة او لا فان كانت فاما ان يكون
دنيوية فهي المنعقدة او اخروية فهي الغموس
وان لم يكن فهي اللغو فالغموس هي الحلف على امر
ماض متعمدا الكذب فيه وذكر الماضي ليس بشرط
بل هو بنا على الغالب الا يرى انه اذا قال والله
انه لا يريد وهو يعلم انه ليس يريد كان غموسا
فهذه اليمين قايم فيها صاحبها لقوله صلى الله عليه
وسلم من حلف كاذبا ادخله الله النار ولولا
الاثم لما كان كذلك واسمه يدل على معناه لانه
ما سمي غموسا الا انه تغمس صاحبها في النار قال
شمس الائمة السرخسي اليمين الغموس ليست
بيمين على الحقيقة لان اليمين عقد مشروع وهذه
كبيرة محضة والكبيرة ضد المشروع ولكن سماه
يمينا مجازا لان ارتكاب هذه الكبيرة باستعماله
صورة اليمين كما سمى النبي صلى الله عليه وسلم بيع الحر
بيعا مجازا لان ارتكاب تلك الكبيرة باستعمال صورة

البيع

117

النبي وآله مرضه الذي ذكرنا لم يشرع الكفارة فيها
لكن فيها التوبة والاستغفار وقال الشافعي فيها
الكفارة لان الكفارة شرعت لرفع ذنب هتك
حرمة الله تعالى وقد تحقق ذلك الذنب بالاستشهاد
بالله كاذبا فلا بد من رفعه وذلك بالكفارة كما في
المعقودة ولنا انها اي اليمين الغموس كبيرة محضة
لقوله صلى الله عليه وسلم خمس من الكبائر لا كفارة
فيهن وذكر منها الغموس وكل ما هو كبيرة محضة
لا يناط بها العبادة لان اسباب العبادات لا بد وان
تكون امورا مباحة كما عرف في الاصول والكفارة
عبادة حتى تتادى بالصوم ويشترط فيها النية
فلا تناط الغموس بها بخلاف المعقودة لانها مباحة
فجاز ان تناط بها العبادة وفيه بحث من اوجه الاول
لو كان ما ذكرتم صحيحا لما وجب الكفارة على المظاهر
لكون الظهار منكرا من القول وزورا وهذا نقض
اجمالي الثاني لما وجبت بالادنى وجبت بالاعلى
بطريق الاولى الثالث الكبيرة سيئة والعبادة
حسنة واتباعها اياها مباح لها لقوله عليه
السلام اتبع السيئة الحسنة تمحها وهاتان معارضتان
والجواب عن الاول ان الكفارة لم تجب
بالظهار بل بالعود الذي هو العزم على الوطي وهو
مباح وعن الثاني بانه لا يلزم من دفع الاضعف
شيئا دفع الاقوى به وعن الثالث بان الحسنة لمحو
السيئة المقابلة لها ومقابلة هذه الحسنة لهذه
السيئة ممنوعة بل المظنون خلاف المقابلة لقوله

Copyright © King Saud University

صلى الله عليه وسلم خمس من الكبائر لا كفارة فيهن ثم
الحديث وقوله ولو كان فيها ذنب جواب
عما يقال المباح هو ما لا يكون فيه ذنب والمنعقدة
فيها ذنب فلا يكون مباحة فلا تناط العبادة
كما ذكرتم وتقريره لو كان في المنعقدة ذنب لهتك
حرمة اسم الله تعالى فهو متأخر عن وقت الانعقاد
باختيار مبتدا لم يدخل في السببية ويرفعها عند
الطريان بخلاف الغموس فان الذنب فيها الاثم و
لا يفارقه لا ابتدا ولا انتها فيمتنع الالحاق اي الحاق
الغموس بالمنعقدة وفي هذا الجواب تلويح
الى الجواب عن قوله فاشبه المعقودة والمنعقدة
ما يحلف على امر في المستقبل وكلامه ظاهر و
وقوله الا انه علقه بالرجا اشارة الى ما قال
في المبسوط فان قيل فما معنى تعليق محمد
نفي المواخذة في هذا النوع بالرجا بقوله
نرجو ان لا يواخذ الله تعالى بها صاحبها وعدم
المواخذة في اليمين اللغو منصوص عليه وملحق
بالنص فهو مقطوع به قلنا نعم ولكن صورة
تلك اليمين مختلف فيها وانما علق بالرجا
نفي المواخذة في اللغو بالصورة التي ذكرها
وذلك غير معلوم بالنص وما ذكر في الكتاب
من تفسير اللغو مروي عن زرارة بن ابي
اوفى وعن ابن عباس في احدى الروايتين وروي
عن محمد انه قال هو قول الرجل في كلامه لا والله و
بلى والله وهو قريب من قول الشافعي فان

عنده

عنده اللغو ما يجري على اللسان من غير قصد سوا
كان في الماضي او في المستقبل وهو احدى الروايتين
عن ابن عباس وروت عايشة عن رسول
الله صلى الله عليه وسلم انه قال في تفسير اللغو
لا والله وبلى والله وتاويله عندنا فيما يكون
خبرا عن الماضي فان اللغو ما يكون خاليا عن
الفايدة والخبر والماضي خال عن فايدة اليمين
لان فايدتها المنع او الحمل وذلك لا يتحقق في
الماضي فكان لغوا واما في الخبر في المستقبل فعدم
القصد لا يعدم فايدة اليمين وقد ورد الشرع
بان الهزل والجد في اليمين سوا ولقايل ان يقول
في جميع الايمان ملغي الثلاثة على التفسير
المذكور في الكتاب على التفسير المذكور ويمكن
ان يلتزم لانه ليس بيمين على هذا الاصطلاح
لما مر من تعريفها وانما هذه قسم وهو جملة انشائية
اكدت بها جملة اخرى والفاعل في اليمين والمكره
والناسي وهو ان يذهل عن التلفظ ثم يتذكر
انه تلفظ بلفظ اليمين ناسيا وفي بعض النسخ
ذكر الخاطي مكان الناسي وهو ان يريد ان يسبح
مثلا فيجري على لسانه اليمين سواء حنث يجب
الكفارة لقوله صلى الله عليه وسلم ثلاث جدهن
جد وهزلهن جد النكاح والطلاق واليمين فان
قلت اليمين عقد يعتبر فيها عزم الحالف على
الفعل او الترك فهو من الافعال الاختيارية فكيف
يكون الناسي فيه كالعامد قلت ذلك

هو القصاص وقد نزل بالعفو لا يسال لعفو معارضه
بقوله صلى الله عليه وسلم رفع عن امتي الخطا و
النسيان الحديث لانه محتمل ونقض اليمين
قوله والشافعي يخالفنا في ذلك
يعني في وجوب الكفارة على المكره والناسي وسيعن
في الاكراه ان شاء الله تعالى ومن فعل المحلوف
عليه ناسيا او مكرها فهو سوا اي فهو ومن فعله
مختارا سوا في الحكم لانه تحويه الكلام عليه لان
شرط الحنث وجود الفعل حقيقة وقد وجد
لانه لا ينعدم بالاكراه وكذا اذا فعله وهو مغمي
عليه او مجنون لتحقق الشرط حقيقة وهو
وجود الفعل حقيقة وقد وجد لانه لا ينعدم
بالاكراه وكذا اذا فعله وهو مغمي عليه او مجنون
لتحقق الشرط حقيقة وهو وجود الفعل الحسي
قوله ولو كانت الحكمة رفع الذنب جواب
عما يقال الحكمة في ايجاب الكفارة رفع الذنب و
المغمي عليه والمجنون لا ذنب لهما لعدم قصد الخطا
فكيف يجب عليهما الكفارة تقريره الحكم وهو وجوب
الكفارة دائر مع دليل الذنب وهو الحنث لا مع
حقيقة الذنب كوجوب الاستبرا دائر مع دليل شغل
الرحم وهو استحداث الملك لا مع حقيقة
الشغل حتى انه يجب وان لم يوجد الشغل اصلا
بان اشترى جارية بكرا او اشتراها من امراة و
لقائل ان يقول اقاموا الدليل مقام المدلول
لدوران الحكم عليه انما يكون اذا كان المدلول

امر

ولا قطع فيه وهذا مشكل لان ماهية السرقة على ما قدمنا
لا يذكرها الاحاد العوام فيحتاج الى حضور الفقها و
شرط الظهور وفي ذلك سد باب القطع وعن زمانها
فيما يثبت بالبينة يجوز ان تقادم العهد المانع من القطع
بوجود التهمة بخلاف ما اذا ثبت بالاقرار فان التقادم
فيه ليس بمانع لعدمها فلا يسال عن الزمان فان قيل
الشاهد في تاخير الشهادة ههنا غير متهم لانه لا يقبل
شهادته بدون الدعوي فينبغي ان لا يسال فيما اذا
ثبت بالبينة كما لا يسال فيما اذا ثبت بالاقرار قلنا
ان الجواب تقدم في باب الشهادة على الزنا وعن
مكانها لجواز انه سرق من غير الحرز او في دار الحرب
وقال في المحيط ويسالهما عن المسروق منه ايضا و
لجواز ان يكون المسروق منه ذا رحم محرم منه او احد
الزوجين ولعله مستغني عنه لان المسروق منه
حاضر يخاصم والشهود تشهد بالسرقة منه فلا حاجة
الى السوال عن ذلك وقوله ويحبسه اي
المشهود عليه لانه صار متهما بالسرقة فيحبس بما
روينا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس و
رجلا بالتهمة وقوله واذا اشترك جماعة كلهم
واستشكل بما اذا قتل جماعة واحدا فانه يقتل كلهم و
وان لم يوجد من كل واحد منهم القتل على الكمال واجيب
بان القصاص يتعلق باخراج الروح وهو لا يتجزي فيضاف
الى كل واحد منهما كملا باب ما يقطع فيه
وما لا يقطع لما فرغ من ذكر تفسير السرقة وشروطها
وما يتعلق بها ذكر في هذا الباب مشروعا يوجب القطع

ومسروقا لا يوجد [illegible] كان يوجد فيه القطع ولا يرد ما قيل
من الواجب ان يذكر توبه واذا اشترك جماعة في سرقة
في هذا [illegible] لا [illegible] ما يصيب كل واحد منهم نصاب
كان ما [illegible] عليه وان [illegible] اقل كان [illegible] لا يقطع فيه
لان هذا [illegible] لا يقطع فيه فالا يقطع بعد
[illegible] قوله وما يوجد جنسه
مباحا وقوله [illegible] خبره وقوله [illegible] احتراز
عن الابواب والاواني المتخذة من الخشب والحصر
البغدادية فان في سرقتها القطع واذا كان اصلهما من
الخشب واصل الحصير يوجد مباحا لتغيره عن صورتها
الاصلية بالصنعة المتقومة وقوله غير مرغوب
فيه بعينه على الحال وهو احتراز عن الذهب والفضة
واللؤلؤ والجوهر فانها توجد مباحا في دار الاسلام
ولكنها مرغوب فيها وهو ظاهر المذهب وروي عن
هشام عن محمد اذا سرقها على الصورة التي توجد
مباحة وهي ان تكون مختلطة بالحجر والتراب لا يقطع
وجه الظاهر انها ليست بتافهة جنسا فان كل من [illegible]
من اخذه لا يتركه عادة وقوله بقلة الرغبات
فيه جملة استثنائية وقوله والطباع لا يضن
بها اي لا تبخل بفتح الضاد وهو الاصل وبالكسر ايضا
وقوله فقل ما يوجد اخذه على كره من المالك
اي قليل وجود لحوق الملامة بالمالك عند اخذ هذه
الاشياء منه بل يرضى بالاخذ موقيا عن لحوق سمة
الهمة ونفادها عن نسبته الى دناءة الطبيعة فلا حاجة
الى شرع الزواجر وقوله والطير يطير والعبد

يفسد

يفسد هو لما كان الامر كذلك قلت الرغبة فلا يسرع
الزاجر [illegible] وهو معطوف على قوله الحسب
بلفي على الابواب وقوله ولان الشركة العامة
التي كانت فيه اي فيما يوجد جنسه مباحا وهو
في تلك الصفة اي الصفة التي كان عليها وهي [illegible]
[illegible] والاواني المتخذة
من الخشب كما ذكرنا [illegible] كالشبهة
اي شبهة الاباحة [illegible] فيما يوجد [illegible]
بها وفي المقيس عليه لشركة العامة اشارة الى قوله
صلى الله عليه وسلم الناس شركاء في ثلث في الكلا
والماء والنار وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله
والطير يطير والعبد يفسد والسمك المالح هو
المقدد الذي فيه الملح وقوله والحجة عليهما
ما ذكرناه يعني حديث عائشة وما ذكر بعده والجمار
شحم النخل وهو شي ابيض يقطع من راس النخل ويؤكل هو
والودي صغار النخل قوله كالمعد للاكل يعني
مثل الخبز واللحم واما انما لانه يقطع في الحنطة والسكر
بالاجماع اذا لم يكن العام عام مجاعة وقحط اما اذا كان
فلا قطع سواء كان مما يتسارع اليه الفساد او لا وقوله
كاللحم والثمر اللحم راجع الى قوله كالمهيا للاكل منه والثمر
راجع الى قوله وما في معناه فكان لفا ونشرا وقال
الشافعي يقطع فيهما اي فيما ذكرنا من اللبن واللحم والفواكه
الرطبة فالطعام والجرين المربد وهو الموضع الذي يلقى
فيه الرطب ليجف وقيل هو موضع يوجد فيه التمر
والجران مقدم عنق البعير من مذبحه الى منحره

Copyright © King Saud University

والجمع حرز فجاز ان يسمى اخذا بالمتقدم منه فحصل السرقة
احد الطرفين ويجوز ان يكون الشك من الراوي قلنا
اخرجه على وفاق العادة فان في عادتهم ان الجرين
لا يؤدي الا اليابس من الثمر وفيه القطع في الرواية
المشهورة قال ولا قطع في الفاكهة على الشجر
والزرع لا قطع في الفاكهة على الشجر وكان هذا
معلوما من قوله والفاكهة الرطبة لكن اعاده
ليبني عليه قوله والزرع الذي لم يحصد لعدم الاحراز
فيهما ولا قطع في الاشربة المطربة اي المسكرة
قال الامام التمرتاشي لا قطع في الاشربة المسكرة
وهو موذن بصحة تفسير المطربة بالمسكرة وقوله
لان بعضها ليس بمال اي بمال متقوم كالخمر وفي مالية
بعضها اختلاف يعني كالمنصف والباذق وما الذرة
والشعير لانها عند ابي حنيفة متقومة خلافا لهما
وانما قيد الاشربة بكونها مطربة لما ذكر في الايضاح
ويقطع في الخل لانه لا يتسارع اليه الفساد كذا في
النهاية ونقل الناطفي عن كتاب المجرد عن ابي حنيفة
انه قال لا قطع في الخل لانه قد صار خمرا مرة ولا في
الطنبور لانه من المعازف والمعازف آلات اللهو التي يضرب
بها الواحد عزف رواية المغرب وقوله ولا في
سرقة المصحف ظاهر والصليب مثلث كالتمثال يعبده
النصارى والشطرنج بكسر الشين والنرد معروفان
ولا قطع فيهما وان كانت من ذهب او فضة وقوله
ان كان الصليب في المصلى اي في موضع صلاة النصارى
وهو متعبدهم وقوله وما عليه من الحلي تابع

لايقال

لا يقال المصحف لا يكون مقصودا بل الاخذ هو
الحلي فلا يكون تبعا لانه لو كان كذلك لكان مقصوده
لاخذ الحلي ترك الجلد قوله لانه يجب
القطع بسرقته وحده فكذا مع غيره بخلاف سرقة
ما يجب فيه القطع وما لا يجب حيث ضم ما لا يجب فيه
القطع الى ما يجب فيه القطع لا يسقط كما لو سرق
ثوبا خلقا لا يساوي نصابا وفيه عشرة دراهم مصرورة
وقوله وعلى هذا اذا سرق اناء فضة فيها
والد فانه يرجع الى مقصود وهي الكواريس ولا قطع فيها
كلها سواء كانت للتفسير او للحديث او الفقه لان
المقصود منها ما فيها وذلك ليس بمال الا في دفاتر
الحساب لان ما فيها لا يقصد بالاخذ فكان المقصود
هو الاوراق وهو مال متقوم فاذا بلغ قيمته
نصابا يقطع وعموم كلامه يشير بانه فاتر الاعراب
والدفاتر اللغة في عدم وجوب القطع لكونها
محتاجا اليها لمعرفة اللغة ومعاني القرآن والحديث
فان قلت لا يراد الشبهة ومن ذلك علم من
العلة ان دفاتر الحساب لكونها غير محتاج اليها في معرفة
احكام الشرع ولا قطع في سرقة كلب ولا فهد وهو ظاهر
ولا دف ولا طبل والدف بضم الدال وفتحها الذي يلعب
به وهو نوعان مدور ومربع والمراد بالطبل
طبل اللهو واما طبل الغزاة فقد اختلف فيه المشايخ
واختيار الصدر الشهيد عدم وجوب القطع لانه مما
يصلح للغزو ويصلح للهو فتمكن فيه الشبهة
قوله لان عندهما لا قيمة لها بدليل انه لم يضمنه

Copyright © King Saud University

لا يضمنه عند ابي حنيفة وان كان يجب الضمان على
المتلف لانه شيء متقوم لكن اخذها يتناوله الكسر فيما
فكان ذلك شبهة والساج خشب يجلب من الهند
والقنا بالقصر جمع قناة وهي خشبة الرمح والابنوس
بمد الهمزة وفتح الباء معروف وقوله ولا يوجد
بصورتهما مباحة في دار الاسلام انما عينه في دار
الاسلام لان الاصل الكل اباحة على الاباحة في دار
الحرب وقوله واذا اتخذ من الخشب اوان
فرق بين العمل المتصل بالخشب بصنعة الغيره على الجنس
فيخرج عن الجنس المباح بان يادعه ويزاد قيمته
ويعد رة بحيث انهم يدخلونه في الحرز واما في
الحشيش فليس كذلك ولهذا يفترسونه في غير
الحرز حتى لو غلب الصنعة على الاصل كالحصر البغدادية
يجب القطع وقوله وانما يجب القطع لان الوقع
اي في الابواب في غير المركب بالجدار اما اذا كانت
مركبة في الجدار فقلعها فاخذها فانه لا يقطع لان
القطع انما يكون في مال محرز لا فيما يحرز به وما في
البيت من المتاع فانما يحرز بالابواب المركبة فلا
يكون محرزة قيل هذا في الباب البراني واما في الباب
الثاني في الداخل فيه القطع لانه محرز بالبراني وقوله
وانما يجب اذا كان خفيفا طاهر وقوله ولا قطع
على خائن الخيانة هو ان يخون المودع ما في يده من
الشيء المامون والانتهاب ان ياخذ على وجه العلانية
قهرا من ظاهر بلده او قرية والاختلاس ان ياخذ
من البيت بسرعة جهرا والوجه ما ذكر في الكتاب وهو قلة

قال

قال ولا قطع على النباش اختلف الصحابة في مسألة
النباش فقال عمر وعائشة وابن مسعود وابن الزبير
بوجوب القطع على النباش وقال ابن عباس لا قطع عليه
وهذا اتفق على ذلك … الصحابة من بقي في عهد مروان
على ما روي ان نباشا اخذ في زمن مروان فسأل الصحابة عن
ذلك فلم يثبتوا فيه شيئا فعزره اسواطا ولم يقطعه وبه
اخذ ابو حنيفة ومحمد وبالاول اخذ ابو يوسف والشافعي
لقوله صلى الله عليه وسلم ومن نبش قطعناه ولانه
مال متقوم محرز بحرز مثله فيقطع فيه اما انه مال
متقوم فلا شبهة فيه وان الباس الثوب الميت لا يخرجه
عن التقوم واما انه محرز فلانه ليس بمضيع لان
الآدمي والوصي اذا كفنا الصبي من مال الصبي لا يضمنان
وما لا يكون محرزا يكون مضيعا وفيه الضمان واما قوله
بحرز مثله بحرز الحرز فلما بينه الطحاوي حرز كل شيء
معتبر بحرز مثله حتى انه اذا سرق دابة من اصطبل
يقطع ولو سرق لؤلؤة من الاصطبل لم يقطع واذا سرق
شاة من الحظيرة يقطع ولو كان فيها ثوب فسرقه لا يقطع
لان الشاة لا تحرز بالحصن فيما اذا كان بابا يحبس و
يمنع اخراج الشاة دون دخول الآدمي واخراج سائر
الاموال وقوله ولهما اي لابي حنيفة ومحمد و
وكلامه ظاهر لا يحتاج الى شرح وقوله وان كان
القبر في بيت مقفل بسكون القاف من اقفل الباب
وقوله فهو على الخلاف في الصحيح بيانه ما قال
في المبسوط واختلف المشايخ فيما اذا كان القبر في بيت
مقفل ثم والاصح عندي انه لا يجب القطع سواء كان نبش

Copyright © King Saud University

الكفن او سرق مالا اخر من ذلك البيت لان لو وضع القبر
فيه احتمل منعه الحد في ذلك البيت فان لكل احد من الناس
تاويلا لدخوله فيه لزيارة القبر ولذلك اختلفوا فيما
اذا سرق من تابوت في القافلة وفيه الميت فمنهم من قال
يقطع لانه محرز بالقافلة [illegible] والاصح عندي
عدم القطع لاختلاف صفة المالكية والمملوكية في
الكفن من الوجه الذي قررناه وقوله [illegible] الى
في قوله عليه السلام لا قطع على المختفي والمقتول وهو
نوله لانه لا ملك للميت حقيقة وقوله ولا
يقطع السارق من بيت المال ظاهر وقوله
فكلنا اشار الى تفهيم من حق له لانه مال العامة وهو
منهم فانه يفهم من ذلك ان للسارق فيه حقا وظا
قلنا اشارة وقوله والحال والمؤجل فيه
اي في عدم القطع سواء ما اذا كان حالا فظاهر
واما اذا كان مؤجلا فلان التاجيل لتاخير
المطالبة واما نفس وجوب الدين فثابت قبل
المطالبة ايضا والقياس ان يقطع لانه سرق مالا مباحا
لا يباح له الاخذ كما لو سرق من خلاف جنسه ووجه
الاستحسان ان الاخذ ان لم يكن مستحقا لمكان الاجل
كان له شبهة الاخذ وهي كافية للدرء وقوله
وكذا اذا سرق زيادة على حقه ظاهر وقوله
لان له ان ياخذه عند بعض العلماء يريد به ابن ابي
ليلى فانه يقول وان ظفر بخلاف جنس حقه كان له
ان ياخذه لوجود المجانسة باعتبار صفة المالية
ومن العلماء من يقول له ان ياخذه رهنا بحقه واختلاف

العلما

حقا يورث الشبهة قلنا هذا القول لا يستند الى دليل
ظاهر اذ القياس ان لا ياخذ غير جنس حقه في الدين الحالة
لان حقه في الوصف في الحقيقة وهو [illegible] لكنه
فيه لعلة التفاوت [illegible] بما ولا كذلك خلاف الجنس لحصول
التفاوت [illegible] العادة ولا بد من اتصال
الدعوى بوجه حق لو ادعى ذلك اي اذا اخذه قضاء لحقه
او رهنا [illegible] درئ الحد عنه لان فعله في موضع الاجتهاد
لا ينفك عن شبهة وان كان هو مخطئا في ذلك الدعوى بل
عندنا وقوله فلو كان حقه دراهم كما هو قوله
وقيل لا يقطع قيل هو الاصح لان النقود جنس واحد
كما في الزكاة والشفعة وقوله ومن سرق عينا
ظاهر وقوله لان الثانية متكاملة كالاولى
وجه التشبيه هو ان المتاع بعد رده على المسروق
منه في حق السارق كعين اخرى في حكم العين لاحق
لو غصبها او اتلفها كان ضامنا فكذلك في حكم القطع
لانه مال معصوم كامل المقدار اخذه من حرز لا شبهة
فيه وبهذه الاوصاف لزمه القطع في المرة الاولى
فكذلك في المرة الثانية واما كونه اقبح فظاهر لتقدم
الزاجر وقوله ولنا ان القطع اوجب سقوط عصمة
المحل على ما يعرف من بعد اشار الى قوله بعد اوراق
ولنا قوله عليه السلام لا غرم على السارق بعد ما قطعت
يمينه الى اخره وسقوطه عصمة المحل يوجب انتفاء القطع
فان قيل العصمة ان سقطت بالقطع لكنها عادت بالرد
الى المالك اجاب بقوله وبالرد الى المالك ان عادت
حقيقة العصمة بقيت شبهة السقوط نظرا الى اتحاد

الملك احترازا عما لو تبدل الملك في ذاته وهو جواب
عن قوله كما اذا باع المالك من السارق الى اخره
وقوله في المحل احترازا عما اذا تبدل المحل كما في صورة
الغصب وهو قوله فان تغير عن حاله وان تغيرت عن
حالها مثل ان يكون غزلا الى اخره وقوله
وقيام الموجب اي موجب سقوط العصمة وهو احتراز
عما كان قبل القطع وقوله بخلاف ما ذكره
ابو يوسف من صورة البيع لان الملك قد اختلف
باختلاف سببه واصله حديث بريرة وهو معروف
وقوله ولان تكرار الجناية منه وهو على قوله
ولنا ان القطع فيه دليل اخر وتقريره تكرار الجناية
منه بالعود الى سرقة ما قطع فيه نادر لتحمله
مشقة الزاجر والنادر لا يجدي عن مقصود الاقامة
وهو تقليل الجناية فلا يحتاج اليها وصار كما اذا
قذف المحدود في القذف المقذوف الاول بالزنا
الاول فانه لا يحد نظرا الى عرائه عن مقصود الاقامة
ان قيل نظير مسئلتنا حد الزنا في كون الحد
في كل واحد منهما خالص حق الله ثم حد الزنا يتكرر
بتكرر الفعل في محل واحد حتى ان من زنا بامراة فحد
ثم زنا بتلك المراة مرة اخرى يحد ثانيا بخلاف حد
القذف فان فيه حق العبد خصوصا على اصل الخصم و
خصوصية المقذوف في الحد في المراة الثانية غير
مسموعة لان المقصود اظهار كذب القاذف ودفع العار
عن نفسه وقد حصل ذلك بالمرة الاولى اجيب
بان حد القذف نظير مسئلتنا من حيث ان هذا

لا يستوفى

١٢٤

يستوفى الا بالخصومة فلا يتكرر بتكرر الخصومة من
شخص واحد في محل واحد كحد القذف والفرق بين
المتنازع فيه وصورة الزنا ان الحد في الزنا انما هو
باعتبار المستوفى فيما استوفى في المرة الثانية غير
المستوفى في المرة الاولى لان الاول لم يتلاش ذاتهما
والمسروق في المتنازع فيه هو عين المسروق في المرة
الاولى وقوله فان تغيرت عن حالها ظاهر
بالجر عطفا على ابانه فصل في الحرز والاخذ
منه لما كان تحقق السرقة موقوفا على كون المسروق
مالا محرزا فرغ عن ذكر الموصوف شرع في بيان الحرز
الذي يتحقق به الوصف ثم العلة في سقوط القطع عن
قرابة الولاد وامراة السيد المبسوطة في المال وفي حق الدخول
في الحرز وعن ذي الرحم المحرم امر واحد وهو البسوطة
في الدخول في الحرز ولهذا اباح الشرع النظر الى
مواضع الزينة الظاهرة الوجه والكف على ما سيجي في
كتاب الكراهية وقوله وقال الشافعي يعني
في ذي الرحم المحرم خلافا للشافعي فانه يقول في غير
الوالدين والمولودين يجب القطع لانه الحقها بالقرابة
البعيدة وقد بيناه في العتاق ولو سرق من بيت ذي
الرحم المحرم متاع غيره ينبغي ان لا يقطع لعدم الحرز
ولو سرق مال ذي الرحم من بيت غيره قطع لوجود الحرز
وقوله وان سرق من بيت امه من الرضاع
فلا قطع وقوله والمحرمية بدونها اي بدون
القرابة لا تحترم اي لا تجعل لها حرمة قرينة عادة
كما اذا ثبتت بعض المحرمية بالزنا فانه اذا سرق من بنت

بين المرأة التي زنا بها الا بنت شبهة في قطع اليد بل يجب
وان كانت الحرمة موجودة وكذلك اذا اشتبه عليه
بالتقبيل عن شهوة وقوله واقرب من ذلك
اي من الحرمة الثابتة بالزنا الاخت من الرضاعة
يعني ان الام من الرضاع اشتمل الاخت من الرضاع
في اثبات الحرمة من الحرمة الثابتة بالزنا ثم السرقة
من بيت الاخت من الرضاع موجبة للقطع بالاجماع
فيجب ان يكون من بيت امه من الرضاع كذلك ووجه
الاقربية ان الحاق الرضاع بالرضاع اقرب من الحاقه
بالزنا وقوله وهذا اي القطع مع الدخول
عليها من غير استئذان وحشمة لان الرضاع قلما
اشتهر فلا بسوطه تحرز عن موقف التهمة بخلاف
النسب واذا سرق احد الزوجين من الاخر ظاهر
وقوله ودلالة معناه انهما لما وجدت بذلت
نفسها وهي انفس من الاموال فلان تبذل المال اولى
وهو نظير الخلاف في الشهادة فان شهادة احد
الزوجين لا يقبل للاخر عندنا وعنده يقبل في احد
قوليه بل هذا اولى لان هذه البسوطة لما منعت
قبول الشهادة فلان تمنع القطع وهو مما يندرئ
بالشبهات اولى وقوله وهو ما روي عن
علي رضي وتفصيلا يريد به ما روي عن علي انه
اتي برجل قد سرق من الغنم فدرأ عنه الحد وقال
ان له فيه نصيبا قال والحرز على نوعين الحرز في
اللغة عبارة عن المكان الحصين ويجوز ان يقال
هو ما يقصد به حفظ الاموال وهو على نوعين حرز

لمعنى

لمعنى فيه وهو انما يكون بالمكان المعد لحفظ الامتعة
والاموال ويختلف ذلك باختلاف الاموال كالدور
والبيوت والصندوق والحانوت والحظيرة للغنم والبقر
وحرز بالحافظ لمن جلس في الطريق او في المسجد وعنده
متاعه فانه محرز وكل واحد منهما ينفك عن الاخر
قد ثبت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قطع من
سرق رداء صفوان من تحت راسه وهو نائم في المسجد
وهو ليس بحرز لانه لم يقصد به الاحراز واذا سرق من
البيت وان لم يكن له باب او له باب ولكنه مفتوح وصاحبه
ليس عنده يقطع ففي الحرز بالمكان لا يعتبر الاحراز
بالحافظ فلو سرق من بيت ما ذون له بالدخول فيه لكن
مالكه يحفظ لا يقطع لان المعتبر هو الحرز بالمكان وقوله
هو الصحيح احترازا عما ذكر في العيون انه عند ابي حنيفة
يقطع فيه ووجه الصحيح ان الحرز الحقيقي هو الحرز
بالمكان لانه يمنع وصول اليد الى المال ويكون المال محرزا
به واما الحرز بالحافظ فانه وان منع وصول اليد اليه
لكن المال لا يختفي به ثم في الحرز بالمكان لا يجب القطع بمثله
الا بعد اخراج المتاع منه لقيام يده قبله وفي الحرز بالحافظ
يجب القطع فيه اذا اخذ المال لزوال يد المالك بمجرد
الاخذ فيتم السرقة وهذا ايضا مما يدلك على ان الحرز
بالمكان اقوى ولا فرق بين ان يكون الحافظ مستيقظا
او نائما والمتاع عنده او تحته هو الصحيح لان النائم
عند متاعه يعد حافظا لمتاعه وقوله هو
الصحيح احترازا عن قول بعض مشايخنا ان صاحب
المتاع انما يكون محرزا لمتاعه في حال نومه اذا جعل

copyright @ King Saud University
1957

المتاع تحت راسه او تحت جنبه اما اذا كان موضوعا
بين يديه فلا يكون محرزا الا في حال قيامه فيه الاخذ واذلك
منه [illegible] في الصحرا فيجمع
متاعه ويبيت عليه [illegible] فقطع قالوا
قوله يثبت عليه [illegible] اذا نام عليه
ومال الي الاول شمس الائمة وقال المودع والمستعير
لا يضمنان بمثل ذلك لانه ليس بتضييع كذا
ما قاله في الفتاوي الظهيرية مثل ما ذكره شمس
الائمة ثم قال وقالوا انما لا يجب الضمان اذا وضع
الوديعة بين يديه ونام فيما اذا نام قاعدا واما اذا
نام مضطجعا فعليه الضمان وهذا اذا كان في الحضر
واما اذا كان في السفر فلا ضمان عليه نام قاعدا
او مضطجعا كذا في النهاية قوله ولا قطع على
من سرق من حمام يعني في الوقت الذي اذن للناس
بالدخول فيه او من بيت اذن للناس في دخوله
لوجود الاذن عادة يعني في الحمام او حقيقة يعني
في البيت الذي اذن للناس بالدخول فيه وقوله
ويدخل في ذلك اي في قوله او بيت اذن للناس
في دخوله قوله الا اذا سرق منها ليلا استثنا
من قوله ولا قطع قوله من سرق من المسجد
متاعا ظاهر قوله ومن سرق سرقة اي مالا
وسمي الشي المسروق سرقة مجازا ومنه قول محمد
اذا كانت السرقة مصحفا قوله وان كانت
فيها اي في الدار مقاصير اي حجرات وبيوت قوله
وان اغار انسان اي دخل بسرعة قال في النهاية

ناقلا

ناقلا عن المغرب ان اغار لفظ شمس الائمة الحلوائي والعمري
واما لفظ محمد وان اغار انسان من اهل المقاصير
انسانا على متاع [illegible] مقصورة [illegible] ولفظ
شمس الائمة السرخسي كذلك وكانه اصح لان الاغارة
في باب السرقة غير لائقة لان السرقة اخذ مال في خفيا
وحيلة فلذلك سمي السارق به لانه يسارق عين المسروق
منه والاغارة اخذ في المجاهرة مكابرة ومغالبة ثم
وقوله [illegible] يجوز ان يكون بعض اهل المقاصير يدخل
على بعض اخر بالليل جهرا ومكابرة ومختفيا عن اعين
الناس ومثل هذا المعنى لا يليق بلفظ الاغارة ثم
واذا صح المعنى جاز ان لفظ الاغارة مرويا عن محمد
وكان [illegible] المعنى فسرق منها بعد قوله اغار اشارة
الى هاتين الجهتين قوله لما بينا اشارة الى قوله لان
كل مقصورة الى اخره وقوله واذا نقب اللص
البيت ظاهر وقوله وهي بناء على مسئلة
ياتي بعد هذه اشارة الى مسئلة نقب البيت وقوله
وان القاه في الطريق واضح وحاصله ان يده تثبت
عليه بالاخذ ثم بالرمي الى الطريق لم تزل يده حكما لعدم
اعتراض يد اخرى على يده واذا تثبت يده حكما وقد تقرر
ذلك بالاخذ ثانيا وجب القطع وقوله ولم
يعترض عليه يد معتبرة احتراز عن قوله كما لو اخذه
غيره فان هناك يدا معتبرة اعترضت عليه فاوجبت
سقوط اليد الحكمية للسارق فلما لم تسقط الحكمية
هنا لم يرد ما ذكره [illegible] لانه خرج من الحرز والمال
في يده وقوله فاعتبر الكل اي القاوم في

Copyright © King Saud University

العلم دينه ثم اخذ منه فعلا واحدا لما اذا اخذ المال
وخرج معه مبادل الحرز فانه فعل واحد لكن هذا
وقوله واذا اخرج ولم ياخذه جواب عن قوله
كما ... خرج ولم ياخذ وقوله ولو ان حمله
علي حمار فاخرجه قال واذا دخل الحرز جماعة
... واضح وانما وضع المسألة في دخول جميعهم
لانهم اذا اشتركوا واتفقوا علي فعل السرقة لكن
دخل واحد منهم البيت واخرج المتاع ولم يدخل
غيره فالقطع علي من دخل البيت واخرج المتاع
ان عرف بعينه وان لم يعرف فعليهم التعزير ولا يقطع
واحد وان كان غير الداخل يعين الداخل والفرق
بينهما انهم لما لم يدخلوا البيت لم يتاكد معاونتهم
بهتك الحرز بالدخول فلم يعتبر اشتراكهم لما ان
كمال هتك الحرز انما يكون بالدخول وقد وجد
في مسألة الكتاب فاعتبر اشتراكهم قالوا هذا
اذا كان الاخذ الحامل ممن يجب عليه القطع عند
الانفراد بان كان عاقلا بالغا واما اذا كان الاخذ
الحامل صبيا او مجنونا فلا يقطع واحد منهم لان غير
الحامل في هذا الفعل تبع للاخذ الحامل فاذا لم يجب
الحد علي من هو اصل لا يجب علي من هو تبع واذا كان
الذي تولى الحمل والاخراج كبيرا لكن فيهم صبي او مجنون
فكذلك الجواب علي قول ابي حنيفة ومحمد لان
الفعل من الكل واحد فقد تمكنت الشبهة في فعل
بعضهم فلا يجب علي الباقين وقال ابو يوسف يجب
القطع الا علي الصبي والمجنون وقوله ومن نقب

البيت

البيت واضح والغطريفي هو الدرهم المنسوب الى
غطريف بن عطا الكندي امير خراسان ايام الرشيد
والدراهم الغطريفية كانت من اعز النقود ببخارا كذا
في المغرب ويؤيد وجه ظاهر الرواية ما روي عن
علي انه قال ... اذا كان ... ذو ... ظريفا ... و...
ذلك قال ان كان ينقب البيت ويدخل يده ويخرج المتاع
من غير ان يدخل وقوله بخلاف الصندوق
جواب عن قوله كما اذا ادخل يده في صندوق الصيرفي
فان قيل لو كان الكمال في هتك الحرز شرطا و
جزءا عن شبهة العدم لما وجب القطع فيما تقدم من
حمل بعض القوم المتاع دون بعض لان فيه شبهة
العدم اجاب بان ذلك هو المعتاد وان طر
صرة الطرار هو الذي يطر الهميان اي يشقها ويقطعها
والصرة وعاء الدراهم يقال صررت الصرة اي شددتها
والمراد بالصرة هنا نفس الكم المشدود فيه الدراهم
وفي هذا التفصيل المذكور في الكتاب دليل علي ان
المذكور في اصول الفقه بان الطرار يقطع ليس بجاري
علي عمومه بل هو محمول علي الصورة الثانية وهي
ما اذا ادخل يده في الكم وطرها وقوله فلا يوجد
هتك الحرز يعني ادخال اليد في الكم واخراج الدراهم
منه وقوله في الوجهين اي من الخارج
والداخل وقوله ينعكس الجواب يعني فيه
اذا كان حل الرباط خارج الكم يجب القطع لانه لما حل
الرباط الذي كان خارج الكم وقعت الدراهم في الكم
فاحتاج في اخذ الدراهم الى ادخال اليد في الكم فلما لم

Copyright © King Saud University

اخرج الدراهم من الكم فقد هتك الحرز بخلاف ما اذا كان مو
حل الرباط في داخل الكم فانه لا يقطع لانه لما حل الرباط بو
في داخل الكم بقيت الدراهم خارج الكم ظاهره محلوله فكان
الاخذ من خارج الكم فلم يقطع لانه لم يهتك الحرز فكان اخذ
المال لانه وان ادخل اليد في الكم الا انه ادخلها لحل الرباط
لا لاخذ المال من الكم وهذا معنى قوله ينعكس الجواب
لانعكاس العلة وقوله لانه يعتمد اي لان م
صاحب الكم يعتمد الكم في حفظ المال لا قيام بنفسه عند
المال لان قصد صاحب الكم من وجوده عند المال لا يخلوا
من احد امرين قطع المسافة او الاستراحة وذلك
لانه اما ان يكون في حالة المشي او غير حالية ففي م
الاول قصده قطع المسافة لا حفظ المال وفي الثاني
قصده الاستراحة والمقصود هو المعتبر في هذا الباب
الاترى انه من شق الجوالق الذي على ابل يسير واخذ
الدراهم منه يقطع لان صاحب الدراهم اعتمد الجوالق
حرزا لها فكان سارقا للدراهم من الجوالق هاتكا
للحرز فيقطع ومن سرق الجوالق على ابل يسير لا يقطع
لان السائق او القائد انما يقصد بفعله قطع المسافة
والسوق لا الحفظ فلم يصر الجوالق محرزا به مقصودا
على ما هو المذكور في الكتاب وقوله ان
يسرق من القطار الابل بعضها على نسق واحد والجمع
قطر ومنه تقاطر القوم اذا جاؤا ارسالا وقوله
وهذا يؤكد ما قدمناه من القول المعتاد يريد قوله ولا
فرق بين ان يكون الحافظ مستيقظا الى قوله وهو الصحيح

فصل في كيفية القطع واثباته لما ذكر وجوب قطع

اليد

اليد لم يكن بد من بيان كيفيته وهذا الفصل في بيانه
الزند مفصل طرف الذراع والكف والحسم من حسم العرق
كواه بحديدة محماة لئلا يسيل دمه فانا نقطع بما تلوناه
يعني قوله تعالى والسارق والسارقة الآية واليمين م
بقراءة ابن مسعود فاقطعوا ايمانهما وهي مشهورة جازت
الزيادة بها على الكتاب وقد عرف في الاصول ومن الزند
لان الاسم يتناول اليد الى الابط وهذا المفصل اعني
الرسغ متيقن به من حيث القطع هنا المقطوع لكونه م
اقل فقولنا من حيث القطع احتراز عن قول بعض الناس
ان المستحق قطع الاصابع فقط لان بطشه كان بالاصابع
فيقطع اصابعه لزوال تمكنه من البطش بها لان فيه
قطعا مكررا وفيما قلنا قطع واحد على انه مما لا نو
للنص لان المذكور فيه اليد وقولنا من حيث المقطوع
احترازا عن قول الخوارج بقطع يمين السارق من
المنكب لان اليد اسم للجارحة من رؤس الاصابع الى
الاباط لان فيه تكثير المقطوع وقوله كيف وقد
صح ان النبي صلى الله عليه وسلم امر بقطع السارق من
من الزند والحسم روى ابو هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم
اتي بسارق فقالوا يا رسول الله ان هذا سرق فقال عليه
السلام ما اخاله سرق فقال السارق بلى يا رسول الله
قال اذهبوا به فاقطعوه ثم احسموه الحديث وقوله
ولانه لو لم يحسم ظاهر وقوله وخلد في السجن حتى
يتوب حاصله ان السارق لا يؤتى على اطرافه الاربعة
بالقطع وانما يقطع يمينه اول سرقته ورجله اليسرى
بالثانية ثم بعد ذلك يحبس عندنا وعند الشافعي

Copyright © King Saud University

بعد الرابعة يحبس وعند اصحاب الظواهر في المرة الخامسة
يقتل وقوله ويروي معسرا كما هو مذهبه
في حديث ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم
قال في المرة الاولى يقطع يده اليمنى وفي الثانية
الرجل اليسرى وفي الثالثة اليد اليسرى وفي الرابعة
الرجل اليمنى وقوله ولان الثالثة ظاهر
وقوله تحجهم اي غلبهم في الحجة يقال حاجه
فحجه اي ناظره بالحجة فغلبه بها وقوله بخلاف
القصاص جواب سوال تقريره لو قطع رجل اربعة
اطراف اقتص منه بالاجماع وجميع ما ذكرتم من المحظور
هنا كان موجودا لانه لا يبقى له يد ياكل بها ويستنجي
ورجل يمشي عليها وفيه تفويت جنس المنفعة
ونادر الوجود وتقرير الجواب ان القصاص
حق العباد وحق العبد يراعى فيه المماثلة بالنص
والحديث الذي رواه الشافعي دليلا على دعواه
قد طعن فيه الطحاوي وقال تتبعنا هذه
الطحاوي الاثار فلم نجد لشي منها اصلا اشار بها الى
ما رواه الشافعي وقال ابو نصر البغدادي قال
الطحاوي انه حديث لا اصل له لان كل من لقيناه من حفاظ
الحديث ينكرونه ويقولون لم نجد اصلا ونحمله على السياسة
بدليل ما ورد في ذلك الحديث من الامر بالقتل في المرة
الخامسة وقوله لان فيه تفويت جنس المنفعة بطشا
يعني ان كانت يده اليسرى ما ومه او مشيا ان كانت
رجله اليمنى كذلك وباقي كلامه واضح قال واذا قال
الحاكم للحداد اقطع يمين هذا السارق الحداد هو الذي

يقيم

١٢٩

ان من صاحب النهاية في اول هذا الفصل وانما يصح
نية الثلاث في قوله امرك بيدك دون اختاري لانه
يحتمل العموم والخصوص قال شيخ الاسلام الامر اسم عام
يتناول كل شي قال الله تعالى والامر يومئذ لله اي الاشيا
كلها فاذا كان الامر اسما عاما صلح اسما لكل فعل
فاذا نوى الطلاق صار كناية عن قوله طلاقك بيدك
والطلاق مصدر يحتمل العموم والخصوص فيكون نية
الثلاث نية التعميم بخلاف قوله اختاري لانه لا يحتمل
العموم وقد حققناه من قبل يعني في فصل الاختيار
بقوله لان الاختيار لا يتنوع قال ولو قال لها
امرك بيدك اليوم وبعد غد ولو قال لها امرك
بيدك اليوم وبعد غد ولو قال لها امرك بيدك
لم يدخل فيه الليلة حتى لو اختارت نفسها في الليل
لا يقع الطلاق وان ردت الامر في يومها بطل امر
ذلك اليوم وكان الامر في يدها بعد غد لانه صرح
بذكر وقتين يعني اليوم وبعد غد بينهما وقت
من جنسهما يعني الغد لم يتناوله الامر فلها اختيار
نفسها في الغد لا يتطلقه فكانا امرين فبرد احدهما
لا يرتد الاخر وهذا دليل كون الامر بيدها بعد
غد بعد رده في اليوم وقوله اذ ذكر اليوم
بعبارة الفرد لا يتناول الليل قوله لم يدخل فيه الليل
وهو كما ترى ادراج ملبس وان كان ظاهرا وقالت
ذرفهما امر واحد بمنزلة قوله انت طالق اليوم وغدا
في كون احدهما معطوفا على الاخر من غير تكرار
لفظ الامر قلنا الفرق بينهما ظاهر وهو ان الطلاق

Copyright © King Saud University

لا يحتمل التأقيت فكانت الطلاق اليوم طالقا غدا او يوم
غد وغيره واما الامر باليد فانه يحتمله وذكر وقتين
غير متصل احدهما بالاخر لتخلل وقت بينهما فيجعل كل
في وقت بالاول وجعل الثاني امرا آخر الا انه قال
وامرك بيدك بعد غد ولو قال امرك بيدك اليوم
وغدا يدخل الليل في ذلك وكلامه ظاهر وقوله
ولانها لا تملك رد الامر كما لا تملك رد الايقاع معناه
ليس للمراة ان ترد الامر باليد الذي جعله زوجها
بان تقول لا اقبل كما انه ليس لها ان ترد الايقاع الذي
اوقعه زوجها عليها بقوله انت طالق [illegible] كان كذلك
كان الامر باقيا في الغد كما كان وكان لها ان تختار
نفسها غدا وقوله وجه الظاهر ظاهر وقوله
وعن ابي يوسف انه قال امرك بيدك [illegible]
قال شمس الائمة هذه الرواية [illegible]
قال [illegible] ان هذه الرواية لم يذكرها [illegible]
[illegible] وقوله واذا قال امرك بيدك يوم يقدم [illegible]
فلان فقدم فلان فلم تعلم بقدومه حتى جن
الليل فلا خيار لها [illegible]
ايضا عند الطلاق واليه اشار [illegible]
[illegible] قبل وقوله [illegible]
[illegible] واذا جعل امرها بيدها او خيرها
[illegible] يوما او [illegible] لم تأخذ في عمل
آخر [illegible]
[illegible] نفسها [illegible]
في ما تقدم والتمليك [illegible] على المجلس وقد بيناه

يعني

يعني يومين في فصل الاختيار من قوله التمليكات تقتضي
جوابا في المجلس وقد بيناه كما في البيع قيل فيه نظر
لانه قال قبل هذا اذا قال امرك بيدك اليوم وغدا
يدخل الليل في ذلك وذلك يقتضي ان الامر بعدها
لا يبطل في يومين فان قامت عن المجلس لانه لو بطل
بالقيام عن المجلس لم يكن لتقييده بيومين فائدة
لان المراة اذا لم تقم من مجلسها يوما او اكثر لا يخرج
الامر من يدها وهذا يقتضي ان يقتصر على المجلس
فبينهما تناف ثم ان كانت [illegible] يعتبر مجلسها ذلك
الذي سمعت فيه وان كانت لا تسمع لغيبة او
[illegible] المجلس علمها او بلوغ الخبر اليها لان هذا تمليك
فيه معنى التعليق [illegible] فكذلك يتوقف على
[illegible] ما وراء المجلس كما لو قال ان دخلت الدار
فانت طالق [illegible] الا ان معنى امرك بيدك ان اردت
[illegible] وفيه نظر لان التمليك لا يحتمل
[illegible] كذلك والامر باليد [illegible]
[illegible] كيف يكون [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible] وذلك [illegible]
[illegible] اعتبار [illegible]
في المجلس [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible] اذا كان الامر باليد [illegible]
[illegible] الاقتصار على المجلس و

لعموم ما يدل على وقت معين واعتبر ناهي العلاقة فصار
يبقى الايجاب الى ما وراء المجلس اذا كانت غايبة
عملا بالدليل بقدر الامكان ولا يعتبر مجلسه حتى لو
قال وهي جالسة فالخيار باق لان التعليق لازم
في حقه حتى لا يقدر على الرجوع لكونه تصرف يمين في
من جانبه بخلاف البيع حيث يعتبر مجلسهما جميعا فان
ايهما قام عن المجلس قبل قبول الاخر بطل البيع
لانه تمليك محض لا يشوبه التعليق ولهذا يرجع
احدهما عن كلامه قبل قبول الاخر جاز واذا اعتبر
مجلسهما فالمجلس تارة يتبدل بالتحول من مجلس الى مجلس
اخر ومرة بالاخذ في عمل اخر على ما بينا في الخيار
يعني قوله اذ مجلس الاكل غير مجلس المناظرة الى اخره
وقوله ويخرج الامر من يدها ظاهر وقوله
وينصرف للعقد به اي باليوم لانه لو دل على ذلك ولم
يوجد منهما ما يدل على الاعراض مضى وقت والمراد به
وقوله قول محمد في الجامع الصغير وقوله
قايمة فجلست ظاهر وقوله اي رواية
الجامع الصغير انه لان من حاول امر قد يستعين بالتفكر
فكان الاستناد سبب لراحة كالقعود وقوله
ففيه روايتان عن ابي يوسف في رواية
عنه ... وفي رواية الحسن ابن ابي مالك عنه
وهو قول زفر ووجه الروايتين مندرج
فيما ذكرنا فقيل ان ما حكى ابا يوسف بالذكر فان الاصل
ان يكون قول صاحبيه كذلك لانه لا خلاف عنه وقوله
ولو قالت ادعوا ابي استشيره فالامر قوله

والمشيئة

في المشيئة يمنزلته الجنب يعني انها اذا سارت لا يبطل
خيارها وهو ظاهر فصل في المشيئة
كذ تقدم وجه تقديم الاختيار وبعده السؤال
عن تقدم الامر باليد والمشيئة دوري فسقط
ومن قال لامراته طلقي نفسك ولا نية له او نوى
واحدة فقالت طلقت نفسي فهو واحدة رجعية
وان طلقت نفسها ثلاثا وقد اراد الزوج ذلك
وقعن سوا طلقت جملة او متفرقة وقوله
لان قوله طلقي ظاهر لكن فرجم الفعل بفعل المشيئة
فكان الامر افراد بمسئلة فيما ذكر المشيئة اولى
وانه قال لها طلقي نفسك فقالت ابنت نفسي طلقت
ولو قالت قد اخترت نفسي لم تطلق والفرق بينهما
ما ذكره في الكتاب ان الابانة من الفاظ الطلاق
لا الاختيار لو قصد لفظ مثل الطلاق الا ترى انه لو قال
ابنتك ينوي الطلاق او قالت ابنت نفسي فقال
قد اجزت ذلك بانت والفاظ الطلاق
توافقه ما فوض اليها لكونه فطلقها وكانت الابانة
موافقة للتفويض في الاصل وان كان الجواب
موافقا للسؤال من حيث الاصل كان مخالفا من
حيث الوصف لانها زادت وصفا في الجواب وصفا
وهو تعجيل الابانة لان الرجعية اذا تعقبت الابانة
بعد انقضاء العدة فاما ان يبطل الوصف لاجل
ما زاد من الوصف او يجوز ... الى عادة
الاصل والغاء الوصف لتصحيح الاصل وفيه قيد
اليه كما لو قال لها في جواب طلقي نفسك طلقت نفسي

نفسي

نفسي تطليقة بائنة وقوله ويحتمل أن يقع
تطليقة رجعية إنما قال هكذا تفسيرا لكلام محمد
فإنه قال طلقت ولم يتعرض لشيء آخر وادعى أنه مستفهم
عنه لأن كونها رجعية يعلم من قوله فيلغو الوصف
الزائد ويثبت الأصل وقوله بخلاف الاختيار
متعلق بقوله لأن الإبانة من ألفاظ الطلاق وهو
واضح وعن أبي حنيفة أنه لا يقع بقولها أبنت نفسي
لأنها أتت بغير ما فوض إليها حيث كان المفوض هو
الطلاق وما أتت به الإبانة وهما متغايران لا محالة
وفي هذه الرواية إبطال الأصل لما عرف وهو
ضعيف وعن أبي يوسف أنها تطلق طلاقا بائنا لأن
الزوج ملكها إيقاع الطلاق مطلقا وهو يملك
إيقاع البائن والرجعي فكذا هي وفي هذا ترك اعتبار
المطابقة بين التفويض والجواب والفقه
هو الأول أعني ظاهر الرواية أن قال لها طلقي
نفسك ظاهر وحكمه اللزوم نظرا إلى اليمين والاقتصار
على المجلس نظرا إلى التمليك وفيه مطالبة [illegible]
ما وجه اختصاص طلقي نفسك باليمين دون طلقي [illegible]
[illegible] وكما كان معنى طلقي نفسك إن أردت طلاق
نفسك فأنت طالق هكذا يكون معنى طلقي [illegible]
إن أردت طلاقها فهي طالق والثالث ما وجه [illegible]
الأول بالتمليك والثاني [illegible] والجواب
عن الأول أن اليمين [illegible] يكون [illegible]
في وجوده [illegible] طلاق [illegible] إذا [illegible]
[illegible] لا [illegible] وعادة علق بفعله شرطا

واجيب

واجيب عن الثانية بما تقدم أن المالك هو
الذي يعمل لنفسه والوكيل هو الذي يعمل لغيره
والمرأة في طلاق نفسها عاملة لنفسها بتخليصها
عن رق النكاح وفي طلاق ضرتها عاملة للزوج
وفيه نظر لأنها في طلاق ضرتها تعمل لنفسها بتخليصها
عن رق النكاح وفي طلاق ضرتها عاملة للزوج
وفيه نظر لأنها في طلاق ضرتها تعمل لنفسها أيضا
في طلاق نفسها ولأن الصور ثلث إما أن يكونا معا
باب المشيئة أولا والثاني شمول التمليك أو شمول
التوكيل أو التحكم الباطل وإن قال لها طلقي نفسك
متى شئت واضح ولما بطل أن يقول التمليك في
هذه الصورة موجودا أولا فإن كان الثاني
[illegible] على الطلاق وليس كذلك وإن كان الأول
ينتهي على المجلس لكونه لازم التمليك والجواب
[illegible] على المجلس من أحكام التمليك [illegible]
قد [illegible] كما في شرط الخيار وهو [illegible]
[illegible] الأصول وقوله وإذا قال
لرجل طلق امرأتي [illegible] واضح وبساطه ما ذكرنا في التمليك
والتوكيل من أن المالك عامل لنفسه والوكيل
لغيره [illegible] ما عليه وإذا قال لرجل طلقها إن
شئت فله أن يطلقها في المجلس خاصة وليس
للزوج أن يرجع [illegible]
لأنه [illegible]
على مشيئته [illegible]
وقوله [illegible]

كالاول وصار كما لو قال للوكيل بالبيع بع ان شئت
فان ذكر المشيئة لا يخرج التوكيل الى التمليك ولنا
انه تمليك لانه علقه بالمشيئة فالمالك هو الذي
يتصرف عن مشيئته لا يقال قد تبين انفا ان الوكيل
ايضا يتصرف بمشيئته لانا نقول المشيئة نوعان م
مشيئة يتنفر اليها الحركة الارادية وهي ثابتة
في كل متحرك بها ومشيئة اخرى يترتب عليها ه
استحسان الفعل وتركه والاولى ثابتة في التوكيل
مع جهة حظر رفعها وقوله طلقيها ابتغاء
للفعل للموكل والثانية انما يكون في الملاك وقد
اومئنا اليه بقوله ان شئت وكان تحقيق هذا اما
من تحقيقه من كلام المشايخ ولقائل ان يقول
كونه عاملا لنفسه لازم من لوازم التمليك وقد
انتفى في هذه الصورة اقول ان اثنى الكلام
على ما اوضحنا ان التمليك اقدار شرعي على محل التصرف
والتوكيل اقدار شرعي على نفس التصرف لا على ان
المالك يعمل لنفسه والوكيل لغيره سقط هذا الاعتراض
والنظر الاول في طلاق الضرة ثم اقول والوكيل في الطلاق
كالرسول وحيث لا يتصور ان يكون السفير رسولا
الى نفسه كان قوله طلقي نفسك تمليكا واما قوله
طلقي ضرتك وقوله لاجنبي طلق امرأتي فتوكيلان …
الرسالة فان لم يذكر كلمة ان شئت كان توكيلا وان
ذكرها كان تمليكا على ما ذكرنا من الاتحاد …
… بدونه وبه يندفع النظر المبني على طلاق الضرة
فتامله فانه مخلص وقوله …

يحمل

يحمل التعليق جواب عن قياس زفر صورة النزاع
على البيع فانه قبل هذا التوكيل للبيع لا البيع نفسه
والتوكيل به قابل للتعليق اجيب بانه اعتبر
التوكيل بالبيع باصل البيع قال وان قال لها
طلقي ثلاثا هذا لبيان مخالفة المرأة زوجها
في ايقاع ما فوض اليها والمسألة الاولى ظاهرة
واما الثانية فوجه قولهما فيها واضح كما لو قال
لها طلقي نفسك فطلقتها وهي ثلاثا وكما تقدم فيما اذا
قال لها طلقي نفسك فقالت ابنت نفسي فانه يقع
عليها طلقة رجعية فلم يعتبرها زادت من صفة البينونة
فقدما الجملتا فكذلك اصل الطلاق فيكون بقولها
طلقت نفسي ممتثلة وبقوله قولها ثلاثا و
ولابي حنيفة انها اتت بغير ما فوض اليها ومن فعلت
كذلك كانت مبتدئة كما لو قال لها طلقي نفسك
فطلقت ضرتها فيتوقف على اجازته وكذا …
… قيل قد ثبت من مذهبنا ان
العقد الواحد من العشرة ليس عينها ولا غيرها
فكذلك الواحد من الثلاثة يكون لا عينها ولا غيرها
فما وجه تلك المغايرة بينهما اجيب
بان ذلك في العشرة الموجودة لا المفروضة واما
ههنا فمعدوم والواحد الموجود غير الثلاث المعدومة
فان حصل بينهما المغايرة لكن لو قال لها …
… الواحدة فطلقت نفسها ثلاثا وقعت
واحدة لانها اتت بغير ما فوض اليها والثلاث
غير الواحد على ما ذكرنا اجيب بان التفويض

…

هناك لم يشعر بشي فقد يكون خاصا وقد يكون عاما
فاذا نوى الواحدة فقد فقد تفويضا هناك لم يوقع
شي فقد يكون خاصا وقد يكون عاما فاذا نوى
الواحدة فقد فقد تفويضا خاصا وهو غير مخالف
للظاهر فلما اوقعت ثلاثا فقد وافقته فيما هو اصل
للتفويض وهو لا يكون اقل من الواحدة فيقع الواحدة
وقوله وان امرها بطلاق يملك الرجعة
ظاهر وكذا قوله وان قال لها طلقي نفسك ثلاثا ان
شئت لان معنى قوله ان شئت الثلاث اذ الشرط
لا بد له من جزا اما ان يكون المتقدم عينه او تقديره
مثله متاخرا وعلى كلا التقديرين يتعلق بمشية الثلاث
ولم يوجد بمشية الواحدة وكذا عكسه عند ابي حنيفة
[illegible] الشرط مشية الثلث ومشية الثلاث ليست
مشية للواحدة كما ان ايقاع الثلاث ليس بايقاع
الواحدة و[illegible] اذا قال طلقت نفسي ثلاثا ووجه
قولهما ظاهر ولو قال لها انت طالق ان شئت فقالت
[illegible] شئت فقال شئت ينوي الطلاق وقع بطل
الامر وكلامه ظاهر وفيه بحث من وجهين احدهما
[illegible] ان دفع بقوله شئت لا يملك ايقاع
الطلاق [illegible] اذا قال شئت طلاقك
[illegible]
[illegible] على كلامهما و
[illegible]
[illegible] لا [illegible] كلا
[illegible]

بالاستثناء

بالاستثناء بما لا يعلمها فيلغوا ما يبنى عليه وعن الشافعي
بان قوله شئت كذلك وقد يقصد وجوده ملكا و
وقد يقصد وجوده وقوعا فلا بد من النية و
ليتعين جهة الوجود وقوعا وقوله
اذا المشية تنبي عن الوجود قيل لان المشية في الاصل
ما خوذة من الشي وهو اسم للموجود فكان قوله
شئت بمنزلة اوجد فلا يحتاج الطلاق بايقاعه
بخلاف الارادة فانها في اللغة عبارة عن الطلب
قال صلى الله عليه وسلم لتعمي راحي الموت اي طالبه
[illegible] علمائنا في اصول الدين الى ان الارادة
والمشية [illegible] فيما نحن فيه قوله والجواب
[illegible] يكون بمعنى فقد بالنسبة الى العباد
و[illegible] بالنسبة الى الله تعالى لان ما شا الله كان
لا محالة [illegible] بخلاف العباد وقوله
و[illegible] قالت شئت ان شا ابي ظاهر قوله
[illegible] بامر كاين تنجيز بل لو كان كذلك
[illegible] ان فعل كذا [illegible]
[illegible] واجيب بان بعد ان الثاني
[illegible] التسليم [illegible]
[illegible] مستقبل
[illegible] المسلم
[illegible] قال [illegible]
[illegible]
[illegible]
بالقيام [illegible] قوله اذا [illegible]

يصح ان يجعل بمعنى الشك وقوله وقد مر مثل
قيل بمعنى في فصل اضافة الطلاق الى الزمان وقوله
حتى لو قال لها انت طالق كما شئت ظاهر وقوله
[illegible] لكن الايقاع جملة وجمعا قيل معناهما واحد وقيل
الجملة معناه ان يقول طلقت نفسي ثلاثا والجمع ان يقول
طلقت واحدة وواحدة وواحدة وهذا هو الظاهر
ولو قال لها انت طالق حيث شئت ظاهر فان قيل
اذا الغي ذكر المكان بقي قوله انت طالق شئت فينبغي
ان يقع الطلاق في الحال كما لو قال انت طالق دخلت
الدار فانه يقع الساعة اجيب بان حيث واين
تفيدان ضربا من التاخير وحروف الشرط ايضا
تفيد ضربا من التاخير فيشتركان في تحقيق معنى
التاخير فيجعلان مجازا عن حرف الشرط فان قيل
اذا جعلا مجازا عن حرف الشرط لماذا ابطل بالقيام
عن المجلس وانما يبطل بالقيام عن المجلس اذا جعلا
مجازا عن حرف ان واما اذا جعلا مجازا عن كلمة
اذا او متى فلا يبطل بالقيام عنه فلم لم يجعل مجازا
عن اذا او متى اجيب بان جعلهما مجازا
عن ان اولى لانها لمحض الشرط فكانت هي الاصل في هذا
الباب والاعتبار بالاصل اولى من غيره بخلاف
الزمان لان الطلاق متعلق به لو [illegible] في زمان
دون زمان واما اذا كان [illegible] مكان و
واقعا في جميع الامكنة فوجب اعتبار [illegible]
الزمان خصوصا كما لو قال انت طالق غدا او عموما
كما لو قال انت طالق في اي وقت شئت قال

وان

٣٥

وان قال انت طالق كيف شئت اختلف علماؤنا فيما
اذا قال انت طالق كيف شئت هل يتعلق الطلاق
بمشيئتها اولا فقال ابو حنيفة لا يتعلق بل يقع طلقة
واحدة ولا مشيئة لها ان لم يدخل بها وان دخل بها وقعت
تطليقة رجعية والمشيئة اليها في المجلس بعد ذلك
ثم لا يخلو من ان نوى الزوج شيئا او لم ينو فان كان
الثاني اعتبرت مشيئتها في الكم والكيف فيما قالوا جريا على
موجب التخيير وان كان الاول فان اتفقت نيته
ومشيئتها فذاك وان اختلفا بان شاءت بائنة والزوج
ثلاثا او بالعكس وقعت واحدة رجعية وقالا لا يقع
شيء لا قبل الدخول ولا بعده حتى تشاء فان شاءت وقعت
ما شاءت من الرجعي والبائن والثلاث لانه فوض
التطليق اليها على اي صفة شاءت لان كلمة كيف
للسؤال عن الحال مطلقا فلا بد من تعليق الاصل و
بمشيئتها ليثبت بها المشيئة في جميع الاحوال كما لو قال
انت طالق ان شئت او حيث شئت واين شئت
ولابي حنيفة ان كلمة كيف لطلب الوصف لا لطلب
الاصل يقال كيف اصبحت اي على اي وصف من الصحة
والسقم وغير ذلك فكان التفويض في وصف الطلاق و
والتفويض في صفة تستدعي وجود صفة والا لكان
كيف لطلبه وليس كذلك ووجود الطلاق بوقوعه و
وهو ظاهر وههنا سؤال مشهور وجوابه المنقول ان [illegible]
لا يحتاج الى [illegible]
ان يستقل [illegible]
وجوابه انه [illegible] الطلاق وهي [illegible]
[illegible]

Copyright @ King Saud University

الكم فلا يكون نهي اليمين في الحيبوبة فيحتاج الى النية
تعيين احدهما … روي عن الطحاوي ان
للمشيئة ان تطلق الطلاق بائنا او ثلاثا في قول ابي
حنيفة قال صاحب النهاية ناقلا عن الفوائد
الظهيرية وقد راجعت المحول في جواب هذا
الاشكال فما قرع سمعي جوابه فيجب التعويل و
على ما ذكره الطحاوي ولقائل ان يقول لا مناسبة
لهذا التفويض بمسألة الدعوى بمنافات الا في كونه تفويضا
وذلك ليس بجامع لوجود الفارق وهو ان المفوض
ههنا متنوع دونها فيكون … التعويل
نظيره ومعه ان المشار الى المشيئة ما علق بها والتعليق
بالمشيئة انما جعل حكمة كيف لان في كما انت طالق ليس
فيه شيء منه وهي لا تعلق لها بالاصل اصلا فيكون
متمحضا الاصل الطلاق ومعنى ما لصفته المشيئة … وقوله
ومن الشيء منها قبل وجود الاصل … الا ان في
غير المدخول بها لا اثر لمشيئة الوصف … دون وقوع
الاصل لعدم المحل فيلغوا تفويض الصفة الى مشيئتها
[illegible] لفوات المحل باقي بعد وجود الاصل فلا … ها
المشيئة بعد وقوعه وقوله … معنى هذا و
الخلاف في الوقت يعني اذا قال لعبده انت حر كيف
شئت عتق عند ابي حنيفة ولا حاجة للعتق نية
البيع وعندهما لا يعتق حتى … انما ذكر الرواية
نبه على قول ابي حنيفة لا غير فذكر كيف انه
ما ذكره في الجامع … واما هو … او
ما ذكر بزوال الاصل عاد … قلنا … انت طالق كم شئت او

ماشيت

ما شئت طلقت نفسها ما شاءت في … قال
لها انت طالق كم شئت او ما شئت طلقت نفسها ما شاءت
ذكر اهل رواية الجامع الصغير … طلقت
نفسها واحدة او ثنتين او ثلاثا ما لم تقم من مجلسها
فان قيل كيف يباح لها ان تطلق نفسها ثلاثا
والزوج لا يسعه ان يطلقها ثلاثا اجيب
بانه يجوز ان يكون الامر … بقوله ان شئت طلقي
نفسها ثلاثا فالمشيئة المقدرة لمشيئة الاباحة …
يعني انما يقدر على ذلك كقوله تعالى فمن شاء
فليؤمن ومن شاء فليكفر على انه روي عن الحسن
ابن زياد عن ابي حنيفة ان ذلك مباح لها في
… وجه انه … اضطرارها فان التفريق
يجمع الامر … وقوله … لانهما
كم وما يستعملان للعدد فقد فوض اليها اي عدد شاءت
فان قيل هذا في كم مسلم واما في ما فهي مستعملة
للوقت فكيف تستعمل للعدد قال الله تعالى ما دمت
حيا فقد وقع الشك في تفويض العدد اليها فلا يثبت
العدد بالشك اجيب بان … العدد …
باصل اخر وهو ان هذا تفويض بمعنى التمليك …
تفويضها الى المرأة من نفسها والتمليك يقتصر على
المجلس وذلك انما يكون ان لو كانت معمولة بمعنى
العدد لا بمعنى الوقت وقيل نظر … يعني التوقيت
… على … المجلس …
… ثم … او
… الترجيح … فان … المجلس بطل ما ذكره

١٣٧

اليه فحصل تكه والتمليك يقتصر على المجلس وان ردت
الاصح كلمة [illegible] لا تقف هذا الامر واحد اذ ليس فيه
ما يدل على التكرار او قيل هو احتراز عن كلما وكلما
هو امر واحد يقتضي جوابا واحدا ليكون الجواب
مطابقا للسؤال وذلك الجواب الواحد ينبغي ان يكون
في الحال لانه خطاب في الحال اذ ليس في كلامه
ما يدل على الوقت مرادا قيل وهو احتراز عن اذا
ومتى والخطاب في الحال يقتضي الجواب
في الحال لما قلنا فاذا ردت الامر فقد حصل الجواب
في الحال ولا جواب بعده لعدم [illegible] وان قال
لها طلقي نفسك من ثلاث ما شئت فلها ان تطلق
نفسها واحدة وثنتين دون الثلاث [illegible]
حنيفة وقالا لها ان تطلق [illegible]
[illegible] التبعيض وكلمة من قد تكون للتبيين [illegible]
كما في قوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان
[illegible] وقد تكون [illegible]
وذلك فاحمله [illegible]
[illegible]
[illegible]
من حقيقة التبعيض [illegible] والبيان
من حيث [illegible] والاثنان ذلك
لانه بالنسبة الى الواحد [illegible] بالنسبة الى الثلاث
بعض [illegible] هذا لا يتناول الا واحدا لانه
[illegible] اوله [illegible] لا [illegible]
[illegible] الى ان

التنبيه

التبعيض [illegible] الصفة وهي المشيئة فان الذكر [illegible]
عامة [illegible] كما عرف [illegible] قال [illegible]
كان على الخلاف قيل ثم ان طلقت نفسها [illegible]
لا يقع شيء عند ابي حنيفة لان مذهبه ان المفوض
اليها الواحدة اذا طلقت نفسها ثلاثا لا يقع فكذا التي
فوض اليها ثنتان اذا طلقت نفسها ثلاثا لا يقع وقد
مر

باب الايمان في الطلاق

لما فرغ من [illegible] الطلاق صريحا وكناية اعقبه
بذكر بيان [illegible] لكونه مركبا من ذكر الطلاق
والشرط والمركب موخر عن المفرد واليمين في الطلاق
عبارة عن تعليقه بامر [illegible] معنى الشرط
[illegible] مجازا لما [illegible] و
من [illegible] التشبيه اضافة ما يحتمل التعليق في الشرط
كالطلاق والعتاق والظهار الى الملك [illegible]
[illegible] اذا قال [illegible]
فانه [illegible] تزوجها
فهي [illegible]
[illegible]
[illegible] ذلك [illegible]
[illegible]
[illegible] امراة [illegible] فقال له
ان تزوجتها فهي طالق ثلاثا [illegible]
[illegible]
[illegible]

فيقع

تنجيزه فقيام الملك في الحال لا يدل على وقوع عند الشرط اذ العلة
لم توجد بعلية في الحال عند نا على ما عرف في الاصول والملك
مستغنى به عنده اي عند وجود الشرط واذا كان مستغنيا
به عنده تحقق الطلاق لوجود المقتضي وهو العلة و
لان المعلق بالشرط كالملفوظ لدى الشرط وانتفا المانع و
بوجود الشرط وهو منقوض بقوله ان دخلت الدار فانت
طالق فانه يحترف بيمين [illegible] الشرط والجزاء [illegible] ام الملك
في الحال شرط لصحته والجواب [illegible] ان الكلام متيقن
به عند الشرط [illegible]
في الحال بخلاف صورة [illegible]
ذلك عرفت عدم الملك [illegible] لان للظاهر عدم ما حدث
فعلا على [illegible] به وهذا [illegible] بالقوة المصحح
قابليته [illegible] وقيل ذلك [illegible] قبل
وجود الشرط [illegible] الحنث وهو [illegible]
يعني [illegible] الحالف [illegible] يكون شرط [illegible]
الوقت [illegible] وهذه المسئلة نواسع وقد
ذكرناه في الايضاح والتقريب وقوله [illegible] والحديث
يعني ما رواه الشافعي محمول على نفي التنجيز فان
المنفي هو الطلاق حقيقة [illegible] المعلقة [illegible]
[illegible] عليه السلام عن [illegible] ذلك [illegible]
لا طلاق قبل [illegible] الكلام فيه وانما الكلام
في ان الطلاق بالكلام جايز [illegible]
في [illegible] على [illegible]
التنجيز [illegible] عن السلف كالشعبي والزهري
وغيرهما [illegible] عبد الله واذا اضافه الى و

الشرط

الشرط وقع عقيب الشرط [illegible]
الدار فانت طالق وهذا بالاتفاق لان الملك [illegible]
في الحال والظاهر بقاؤه الى وقت الشرط [illegible]
بقا الشي على ما كان وهو استصحاب الحال [illegible]
المحتاج اليه [illegible] الملك عند الشرط والاستصحاب
حجة [illegible] لا مثبتة لان الاستصحاب لا يصلح
حجة للايجاب [illegible] الكلام فيه وقوله
يعني [illegible] امرا وايقاعا يعني عند
[illegible] فان [illegible] طالقا [illegible]
[illegible] الطلاق و
[illegible] يكون [illegible]
[illegible] لان الجزاء [illegible] يكون [illegible]
والظاهر بلحد هذين الامرين [illegible]
[illegible] يكون [illegible]
[illegible] على الجمل [illegible]
[illegible] غالب الوجود [illegible]
ان [illegible] الامرين [illegible] اذا [illegible]
[illegible] الجمل [illegible]
[illegible] سبب الملك [illegible]
[illegible] الى الملك [illegible]
[illegible] الملك
[illegible] فان قال [illegible]
[illegible]
[illegible] فلا يجوز [illegible]

الى مذهبه كذا قال عامة الشارحين وفيه نظر لان
التعليق ليس بيمين حقيقة وان كان فقد يقع فيما
[illegible] هذا كما اذا قال ان اشتريتك ودخلت
الدار فانت حرة فان صاحب الشرع عنايته بوقوع
الحرية والصواب ان يقال المقدر اما ان يكون محذوفا
او مقتضى وليس بمحذوف لان المذكور ليس بمتوقف
عليه لغة ولا مقتضى لان من شرطه ان يكون المقدر
احط رتبة من المذكور وان لا يتغير المذكور عند
التصريح بالمقدر والشرطان منتفيان اما الاول فظاهر
لان التزوج اعلى رتبة من دخول الدار واما الثاني
فلان الشرط [illegible] المعلق بدخول الدار وحده وبعده
التزوج [illegible] فهذه شرطاها [illegible] وهو مبين في
اصول الفقه قال وانما ظ الشرط عبر بالفاظ الشرط
ولم يقل حروف الشرط كما قال بعضهم لان عامتها اسماء
ولم يورد احد حرف الشرط وضعا وقيل لو قال في النهاية
لان كلمة لو تعمل عمل الشرط سمي الفاظ هذه الالفاظ
تعمل عمله لفظا ومعنى فانه في مواضع الجزم يجزم وفي
غير مواضع الجزم لزم دخول الفاء في جزائه بخلاف
كلمة لو وهذا الامر مدخل له في علم الفقه فالصواب
ان يقال قد تقدم ان [illegible] يعني يقتضي الحمل ان التعليق
وذلك انما يكون في المستقبل ولو موضوعة لامتناع
الشيء لامتناع غيره في الماضي فان له مدخل في ذلك
قوله لان الشرط مشتق من العلامة
قال في الصحاح الشرط بالتحريك العلامة واشراط الساعة
علاماتها فعلى هذا يكون معنى ما ذكر في الكتاب ان

الشرط

الثالث عشر
من الجزء الثاني

١٧٩

[illegible]

الشرط مشتق من الشرط الذي [illegible] لان
المراد بالاشتقاق هو [illegible] وهو ان يكون بين
اللفظين تناسب في اللفظ والمعنى وليس بين الشرط و
والعلامة تناسب لفظي فيفقد ذلك ليستقيم وقوله
وهذه الالفاظ مما يليها افعال يعني عن كلمة كل فانه
يذكر فيما يليها اسم وفي كلامه نظر لانه استدلال على
الموضوعات اللغوية وليس ذلك طريق معرفتها
وانما طريقه ذلك السماع وهذه الالفاظ سمعت مستعملة
في موضع الشرط فلا حاجة الى الاستدلال ولئن
صح الاستدلال فدليله ههنا لا يفيد مطلوبه لان
هذه الفاظ الشرط ودليله ان الشرط مشتق من العلامة
وهو مسلم على الوجه الذي قررناه وهذه الالفاظ
مما يليها الافعال وهذا ايضا مسلم ولكن قوله فيكون
علامات على الحنث ليس بلازم لعدم المذكورتين
وهو ظاهر وكلامه واضح وقوله الا في كلما فانها
يقتضي تعميم الافعال قال الله تعالى كلما نضجت جلودهم الاية
ومن ضرورة التعميم التكرار وفيه نظر من وجهين احدهما
انه عد كلمة كل من الفاظ الشرط وعند وجود الشرط و
لم ينته اليمين فان من قال كل امرأة اتزوجها فهي طالق
فتزوج امرأة طلقت ولو تزوج اخرى طلقت كذلك و
فكان الواجب ان يقول في الاستثناء الا في كل وكلما و
والثاني انه قال ومن ضرورة التعميم التكرار والتعميم
في كلمة كل موجود كما ذكرنا انفا ولا تكرار فيه حتى لو تزوج
التي طلقت ثانيا لم يقع الجزاء والجواب عن الاول ان
شرطية هذه الالفاظ انما هي باعتبار ما يليها من الافعال

Copyright © King Saud University

لان الجزاء ... باعتباره وبهذا الاعتبار قد و
انعقدت اليمين ... لبعد الوتزوجها ثانيا لم يطلق وعدم
الاستثنا باعتبار عموم الاسما ولم ينشا من نفس الشرط و
فلا يكون منافيا وعن الثاني ان المراد بقوله
من صوره التعميم تعميم الافعال لان الكلام فيه و
والتعميم في الافعال انما يكون بتجدد الامثال وهو
المراد بالتكرار كما اذا قال كلما دخلت الدار فانت و
طالق طلقت حتى ينتهي الى الثلث فان تزوجها بعد و
زوج اخر وتكرر الشرط لم يقع شي لان الجزا طلقات
هذا الملك ولم يبق شي منها وبقا اليمين ببقا الشرط و
والجزا فاذا انتفى الكل وفيه خلاف زفر وسيجي و
ولو دخلت على نفس التزوج بان قال كلما تزوجت
امراة فهي طالق حنث بكل مرة وان كان بعد زوج
اخر لما ذكر ان انعقادها باعتبار ما يملك عليها من و
الطلاق بالتزوج وهو غير محصور قال ـــ وزوال
الملك بعد اليمين لا يبطلها اذا قال لها انت طالق ان دخلت
الدار ثم ابانها لم يبطل اليمين لما مر ان بقا اليمين بالشرط
والجزا والغرض ان الشرط لم يوجد فهو باق والجزا ايضا
باق لبقا المحل وهو المراة فيبقى اليمين كما كانت في محله
وهي ذمة الحالف فان قيل سلمنا ان الجزا
باق ولكن من شرط وقوعه الملك وليس بموجود
فالجواب ان الكلام ليس في الوقوع وانما هو في
الوقوع وانما هو في بقائه يمينا واليمين لا تحتاج الى الملك
ابتدا بدليل جواز ان تزوجتك فانت طالق فلان لا يحتاج في البقا
اولى اذ البقا اسهل من الابتدا ثم بعد ذلك لا يخلو اما ان

يوجد

١٤٠

يوجد الشرط في الملك كما اذا ابانها ثم تزوجها ثم وجد الشرط
او في غيره كما اذا وجد قبل التزوج فان كان الاول
وقع الطلاق وانحلت اليمين اما وقوع الطلاق فلان
الشرط وجد في الملك فنزل الجزا المتعلق به واما انحلال
اليمين فلان اللفظ لا يدل على التكرار فبوجود الشرط
مرة انتهت اليمين وان كان الثاني انحلت اليمين و
لوجود الشرط ولم يقع شي لانعدام المحلية وان اختلفا
في وجود الشرط فالقول قول الزوج على ما ذكر و
في الكتاب وهو واضح وقوله ـــ ولم يطلق
فلانة ليس على ظاهره بل فيما اذا كذبها الزوج في و
قولها حضت واما اذا صدقها فانه يقع وقوله
كما قبل في العدة والغشيان اما قبول قولها في العدة
فبان تقول انقضت اولم تنقض واما الغشيان و
فيحتمل معنيين احدهما ان تقول المطلقة الثلاث
انقضت عدتي وتزوجت بزوج اخر ودخل بي و
الزوج الثاني والثاني انه يقبل قولها في حق حل
الجماع وحرمته بقولها انا طاهر او حائض وقوله
لكنها شاهدة في حق ضرتها بل هي متهمة فلا يقبل
قولها في حقها وفيه بحث وهو انه لا يخلو من الحيض
وعدمه والمال يقول طلاقهما او يقول عدمه لانها ان كانت
حاضت فقد وجد الشرط فيقع طلاقهما جميعا وان لم تحض
لم يوجد الشرط فلا يقع طلاق واحدة منهما فاما ان يوجد
الحيض في حقها ولا في حق ضرتها فذلك يستلزم كون
الشي موجودا معدوما في حالة واحدة وهو محال واجيب
بان الشرع اثبت لقولها حجة في هذه الصورة و[illegible]

Copyright © King Saud University

متغاير في الديانة والشهادة ورتب على ذلك حكمين
مختلفين بحسب اقتضائهما وليس ببدع في الشرع
فانه رتب على النكاح وهو امر واحد الحل للزوج
والحرمة لغيره وفيه نظر لان الحل والحرمة لا يقتضي
احدهما الوجود والاخر العدم بخلاف ما نحن فيه
فالجواب اذا اقتضيا الوجود والعدم انما هو
بالنسبة الى الحيض نفسه وليس الكلام فيه لانه امر
خفي لا يطلع عليه وانما الكلام في الامر الدال عليه وهو
قولها حضت وليس ثمة اختلاف في مقتضى وجوده
وعدمه وقوله وكذا لو قال ان كنت
تحبين ان يعذبك الله بنار جهنم ظاهر وقوله
لما بينا اشارة الى قوله امينة في حق نفسها شاهدة
في حق ضرتها وقوله ولا يتيقن بكذبها جواب
عما يقال اخبارها عن محبتها تعذيب الله اياها بنار
جهنم مقطوع بكذبه فوجب ان لا يقبل قولها
اصلا ووجهه انه لا يتيقن بكذبها لانها لشدة
بغضها اياه قد تحب التخلص منه بالعذاب فلم يكن
كذبها مقطوعا به وقوله وفي حقها
ان تعلق الحكم باخبارها ظاهر وقوله واذا
قال اذا حضت حيضة فانت طالق الفرق بينه وبين
ما قبله ظاهر ومن الفرق انه لو قال اذا حضت
فانت طالق وهذا العبد حر كان حرا من حين رأت الدم
حتى كان الاكتساب له وكان الطلاق بدعيا وقوله
واذا قال اذا حضت حيضة كان الطلاق سنيا لانه لا يقع
الا بعد ما طهرت وقوله وفي حديث الاستبرا

يريد

يريد به ما قاله عليه السلام في سبايا اوطاس
ولا الحبالى حتى يستبرئن بحيضة اراد به كمال الحيض
وهو انما يكون بانتهائه بانقطاع الدم اذا كان بايامها
عشرة ايام وبالانقطاع والغسل او ما يقوم مقامه اذا
كانت ايامها دون العشرة وقوله واذا
قال الزوج انت طالق اذا صمت يوما ظاهر مما تقدم
واذا قال اذا صمت صوما فحكمه كذلك بخلاف ما اذا
قال اذا صمت فانها اذا صامت ساعة مقرونة
وقع الطلاق بما ذكره في الكتاب قال ومن قال
لامرأته اذا ولدت غلاما فانت طالق هذه المسئلة
لا تخلو عن اوجه انه علم ان الغلام ولدته اولا
طلقت واحدة وانقضت عدتها بالجارية ولا يقع
شيء بعده وان علم ان الجارية ولدتها اولا طلقت
ثنتين وان اختلفا فالقول قول الزوج لانكار
الزيادة وان لم يدر ايهما اول لزمه في القضاء
واحدة لانها ثابتة بيقين وفي الثانية شك
وفي التنزه وهو المباعدة عن السوء تطليقتان حتى
لو كان قد طلقها قبل هذه واحدة لا يطأها حتى
تنكح زوجا غيره لاحتمال انها مطلقة وترك وطء امرأة
يحل له وطؤها خير من ان يطأ امرأة محرمة عليه
وقوله والعدة منقضية بيقين لما بينا
يريد قوله لانها لو ولدت الغلام اولا الى اخره
وحاصله ان انقضاء عدة الحامل بوضع الحمل وقوله
ان كلمت ابا عمرو وعلى ما ذكره في الكتاب والمعنى سوى
الفاظ يذكرها وقوله في حق الطلاق كمشي

واحد يعني من حيث ان الطلاق لا يقع الا بهما فصار
الشرطان بمنزلة شرط واحد ولو كان شرط واحد
لما وقع بدون الملك فكذلك هذا ولنا ان صحة
الكلام اي صحة هذا الذي هو اليمين باهلية المتكلم
وهي قائمة باهلية المتكلم وهي قا فيكون صحته
قائمة به بان تكون محله ذمته ولا يحتاج الى
الملك لكن شرطنا الملك حالة التعليق ليصير الجزا
غالب الوجود باستصحاب الحال فان الملك اذا كان
موجودا وقت التعليق فالظاهر بقاؤه الى وقت
وجود الشرط واما اذا لم يكن موجودا فليس كذلك
فلا يكون مخيفا حاملا او مانعا وحالة تمام الشرط
لنزول الجزا لكونه لا ينزل الا في الملك وفيما بين
ذلك مستغني عنه فلا يشترط وجود الملك
لان اليمين تقوم بمحله وهو الذمة كما اذا علق هو
طلاقهما بالشرط فابانهما وانقضت عدتهما ثم تزوجها
بانت بالشرط فانها تطلق بالاتفاق ولم تبطل اليمين
بزوال الملك فكان كالنصاب اذا انتقص في خلال
الحول فانه لا يضر وقوله وان قال لها
ان دخلت الدار فانت طالق مسئلة الهدم وهي
معروفة وثمرة الخلاف لا تظهر فيما ذكره في الكتاب
فانها اذا تزوجت بزوج اخر وعادت الى الزوج
الاول ثم دخلت الدار يقع عليها الثلاث بالاتفاق
اما عند محمد فلعدم الهدم واما عندهما وان وجد الهدم
فبالدخول في الدار لا تقع الثلاث لان الثلاث متعلقة
بدخول الدار وانما يظهر فيما اذا علقت الطلقة الواحدة

بدخول

بدخول الدار ثم طلقها طلقتين وتزوجت بزوج اخر
ثم عادت الى الاول فدخلت الدار ثبتت الحرمة
الغليظة عند محمد لعدم الهدم وعندهما لا تثبت لحرمته
وان قال لها اذا دخلت الدار فانت طالق ثلاثا
ثم قال لها انت طالق ثلاثا فتزوجت غيره ودخل
بها ثم رجعت الى الاول فدخلت الدار لم يقع شي
وقال زفر يقع الثلاث لان الجزا مطلقة لاطلاق
اللفظ اذ لم يتقيد بطلقات في ملك دون ملك
فلا يتقيد وقوله وقد بقي احتمال
وقوعها اي بنكاحها ثانيا بعد تزوجها بزوج اخر
فيبقى اليمين فاذا وجد المحل يقع الجزا ولنا ان الجزا
طلقات هذا الملك بدلالة الحال وانما قلنا ان الجزا
طلقات هذا الملك لانها هي المانعة اذ الظاهر
عدم ما يحدث وكل ما كان مانعا عن وجود الشرط
او حاملا عليه فهو الجزا لان اليمين للمنع او الحمل وههنا
عقدت للمنع فيكون الجزا طلقات هذا الملك و
لانها هي المانعة اذ الظاهر عدم ما يحدث وكلما كان
مانعا عن وجود الشرط او حاملا عليه فهو الجزا
لان اليمين للمنع او الحمل وههنا عقدت للمنع فيكون
الجزا طلقات هذا الملك واذا كان الجزا ذلك وقد فات
التنجيز المبطل للمحلية فات اليمين لما تقدم ان بقا
اليمين بالشرط والجزا اذ لا يبقى بانتفا احدهما وعورض
بان انعقاد اليمين لو اختص بالمنع والحمل لم يصح ان
يقال ان حضت فانت طالق لانه لم يتصور فيه لا المنع
ولا الحمل لكون الحيض عارضا سماويا واجيب بان

Copyright © King Saud University

بالاعتبار للغالب الشايع دون النادر وفيه نظر لان
السؤال لم يختص في صورة الحيض حتى يكون نادرا
وانما هو ات في الوحدانيات كالمحبة والكراهة و
والجوع وغيرها والصواب ان يقال الشرط في
مثل ذلك هو اخبارها عن ذلك والمنع فيه منصور
وقوله بخلاف ما اذا ابانها بتعليقه بقوله وقد
فات بتغير الثلاث اي فات الجزا بتغير الثلاث المعلق
للمحلية بخلاف ما اذا ابانها بطلقة او طلقتين حيث
لا يفوت الجزا لبقا المحل ولهذا اذا عادت اليه بعد
زوج اخر عادت بثلاث طلقات عند ابي حنيفة
وابي يوسف وهي مسئلة الهدم وطولب بالفرق
بين هذه المسئلة وبين ما اذا قال لعبده ان
دخلت الدار فانت حر ثم باعه ثم اشتراه فدخل
الدار عتق مع انه بالبيع لم يبق محلا لليمين وبينها
وبين مسئلة الظهار فان هذه المراة لو قال
لها زوجها ان دخلت الدار فانت علي كظهر امي
فطلقها ثلاثا ثم عادت اليه بعد زوج اخر كان
مظاهرا منها ان دخلت الدار واجيب
عن الاول بان العبد بصفة الرق كان محلا
للعتق وبالبيع لم يفت تلك الصفة حتى لو فاتت
بالعتق لم يبق اليمين وعن الثاني بان محلية
الظهار لا ينعدم بالتطليقات الثلاث لان الحرمة بالظهار
غير الحرمة بالطلاق فان تلك الحرمة حرمة متناهية
بوجود التكفير وهذه بوجود الزوج الثاني الا انها
ان دخلت الدار بعد الطلقات الثلاث انما لا يصير

مظاهرا

مظاهرا لان الظهار تشبيه المحللة بالحرمة ولا حل بينهما
في ذلك الوقت وانما يوجد بعد التزوج بها فاذا دخلت
الدار حينئذ يثبت الظهار وقوله ولو قال
لامراته اذا جامعتك فانت طالق ثلاثا ظاهر
وقوله في الفصل الاول يعني اذا لم يخرجه
وقوله لوجود الجماع بالدوام عليه معناه
انه جعل الدوام على اللبث بعد الدخول بمنزلة
الدخول الابتدائي وقوله ولا دوام للادخال
معناه ان للدوام حكم الابتدا فيما له دوام والجماع
هو الادخال ولا دوام له وقوله وجب
العقد قال في ديوان الادب العقد مهر المراة
اذا وطيت بشبهة والمراد به مهر المثل وبه فسر
الامام العتابي في شرح الجامع الصغير وقوله
لوجود المساس اشارة الى ان بعد الحكم دوام
الجماع فيكون البقا كالابتدا الوجود عند ابي يوسف
واما دوام المساس فهو موجود بالاجماع وعلى
هذا قيل ينبغي ان لا يصير مراجعا في هذه
الصورة عند الكل لوجود المساس بشهوة فصل
في الاستثنا الاستثنا هو التكلم بالباقي بعد الثنيا و
والحقه بفصل التعليق لان فيهما الذكوبهما بيان التغيير
وقدمت التعليق لكونه يمنع كل الكلام اقوى من الاستثنا
لانه يمنع بعضه وقدمه على الاستثنا فيما كتبته و
... ان منا ادعه ... ذكرها ... من
التعليقية في اوله فصل الاستثنا لقوة المناسبة من حيث
ان كل واحد منهما يمنع احد الكلام او باعتبار انه ...

Copyright © King Saud University

تعالى سمي ذلك استثناء ولا استثنوا واختلفوا
في ان قوله ان شاء الله بعد ذكر الجمل للابطال او
للتعليق فذهب ابو يوسف الى الاول ومحمد
الى الثاني والى هذا اشار المص في باب الاستثنا
من اقرار هذا الكتاب فقال لان الاستثنا بمشية
الله تعالى اما ابطال او تعليق وسنذكر ثمرة
هذا الاختلاف هناك ان شاء الله تعالى واذا
قال لامراته انت طالق ان شاء الله متصلا لم يقع
الطلاق لقوله عليه السلام من حلف بطلاق
او عتاق وقال ان شاء الله متصلا به لا حنث
عليه ولانه اتى بصورة الشرط اي بحرف الشرط
صريحا دون حقيقته لان حقيقة الشرط
عبارة عما يكون على خطر وتردد ومشية
الله ليست كذلك لثبوتها قطعا وانتفائها
كذلك وما هو كذلك فهو تعليق فيكون
تعليقا من هذا الوجه يعني من حيث الصورة
اعدام العلية قبل وجود الشرط والشرط هنا
غير معلوم لنا اصلا فيكون اعداما من الاصل
وكان ابطالا للكلام ولهذا اشترط ان يكون
متصلا به بمنزلة سائر الشروط لكونه بيان تغيير
وشرطه الاتصال فلو سكت ثبت حكم الكلام الاول
فيكون الاستثنا او ذكر الشرط بعده رجوعا عن
الاول وقوله فيكون الاستثنا يعني
على قول محمد او ذكر الشرط يعني على قول ابي يوسف
وقوله وكذا اذا ماتت معطوف على

قوله

١٤٤

قوله لم يقع الطلاق يعني اذا ماتت بعد قوله انت
طالق قبل قوله ان شاء الله لا يقع الطلاق لان
الكلام خرج بالاستثنا من ان يكون ايجابا واذا
بطل الايجاب بطل الحكم فان قيل الايجاب
وجد في حياتها والاستثنا بعدها فيكون
باطلا لعدم المحل واذا بطل الاستثنا صح الايجاب
فيقع الطلاق اجاب بقوله والموت ينافي
الموجب دون المبطل يعني ان الايجاب لو اتصل
بالموت بان تموت قبل تمام قوله انت طالق بطل
واما المبطل وهو الاستثنا او الشرط فلا يبطل
لان مبطل الشي ما ينافيه ولا منافاة بين مبطل ومبطل
بخلاف الموجب فان المبطل ينافيه فيرفعه بخلاف
ما اذا مات الزوج بعد قوله انت طالق قبل
قوله ان شاء الله وهو يريد الاستثنا حيث
يقع الطلاق لانه لم يتصل به الاستثنا وانما يعلم
ارادته الاستثنا بقوله قبل ذلك اني اطلق امراتي
واستثني وان قال انت طالق ثلاثا الا واحدة
طلقت ثنتين وان قال الا ثنتين طلقت واحدة
وفي ذكر المسالتين اشارة الى ان استثنا القليل
والكثير سواء خلافا للفرا فانه لا يجوز الاكثر ويدعي
انه لم يتكلم به العرب والاصل ان الاستثنا تكلم
بالحاصل بعد الثنيا اي بما بقي من المستثنى منه
بعد الاستثنا هو الصحيح احترازا عن قول من
يقول انه اخراج بطريق المعارضة وموضعه اصول
الفقه واذا كان كذلك لا فرق بين ان يقال لفلان

Copyright © King Saud University

على درهم وان يقال عشرة الا تسعة فيصح استثنا
البعض قليلا كان او كثيرا او اكثر من الجملة لبقا التكلم
بالبعض بعده ولا يصح استثنا الكل من الكل مثل ا
ان يقول عشرة الا عشرة لانه لم يبق بعد الاستثنا
شي يصير متكلما به وصار لغوا فلغا الاستثنا فبقي كلامه
الاول كما كان ويقع الثلاث وقد ظن بعض اصحابنا
ان الاستثنا رجوع والرجوع عن الطلاق باطل
فلذلك لم يصح وليس كذلك لما انه ابطل استثنا
الكل في الوصية يحتمل الرجوع وذكر المصنف في زياداته
ان استثنا الكل من الكل انما لا يصح اذا كان بعين
ذلك اللفظ واما اذا استثنى بغير ذلك اللفظ
فيصح وان كان استثنا الكل من الكل من حيث
المعنى فانه لو قال كل نسائي طوالق الا كل نسائي
لا يصح الاستثنا بل يطلقن كلهن ولو قال كل نسائي
طوالق الا زينب وعمرة وبكرة وسلمى لا يطلق
واحدة منهن وان كان هو استثنا الكل من الكل
وهذا لان الاستثنا تصرف لفظي فيصح فيما صح
فيه اللفظ فلما استثنى الجزء عن الكل صح لفظا فلذا
فيما بقي اذ لو كان الاستثنا يتبع الحكم الشرعي لما صح
في قوله انت طالق عشرة الا تسعا لما انه لا مزيد
على الثلاث شرعا وهو صحيح بلا خلاف وقوله
وانما يصح اذا كان موصولا به ظاهر **باب**
طلاق المريض لما فرغ من بيان طلاق الصحيح
سنيا وبدعيا صريحا وكناية تنجيزا وتعليقا كلا او
جزا شرع في بيان طلاق من هو في بعض ما ذكر

اذ

١٢٥

اذ المريض من العوارض السماوية فاخذ بيانه
عن بيان حكم من به الاصل وهو الصحة واذا
طلق الرجل امراته في مرض موته هذا يسمى طلاق
الفار والاصل فيه ان من ابان امراته في مرض
موته بغير رضاها وهي ممن ترثه ثم مات
عنها وهي في العدة ورثته خلافا للشافعي فيه
بالابانة لان الطلاق اذا كان رجعيا كان توريثها
منه باعتبار ان حكم النكاح باق من كل وجه لا
باعتبار الفرار وقيد بمرض موته لانه اذا طلقها
ثانيا في مرض فصح منه ثم مات لا ترث وبغير
الرضا لانه اذا كان برضاها لا ترثه وممن ترثه
لانها ان كانت كتابية او امة لا ترث وبالموت
في العدة لانه ان ماتت بعد انقضائها لم ترث
خلافا لمالك وحكم الفرار كما ثبت من جانبه و
ثبت من جانبها كما اذا ارتدت والعياذ بالله وهي
مريضة فانه يرثها قال الشافعي لا يرث في
الوجهين يعني قبل انقضا العدة وبعدها
لان سبب ارثها منه الزوجية والزوجية
قد بطلت بهذا العارض وهو الطلاق ولهذا
لا يرثها اذا ماتت ولنا ان الزوجية سبب ارثها
منه في مرض موته وهو ظاهر والزوج قصد
ابطاله بهذا السبب بالطلاق وهو ابطال الصحة فيرد
عليه قصده بتاخير عمله اي عمل الطلاق الى زمان
انقضا العدة دفعا للضرر عنها فان قيل اذا كان
سبب تاخير العمل دفع الضرر عنها وجب ان لا

Copyright © King Saud University

يستوي في ذلك الموطوءة وغيرها وما قبل انقضا
العدة وما بعده اجاب بقوله وقد امكن
يعني انما يصح تورثها منه اذا امكن تاخير
عمل الطلاق ليكون السبب وهو النكاح قائما وقد
امكن ذلك الى زمان انقضا العدة لان النكاح
في العدة باق في حق بعض الاثار من حرمة
التزوج وحرمة الخروج والبروز وحرمة نكاح
الاخت وحرمة رابعة سواها فجاز ان يبقى
في حق ارثها منه دفعا للضرر عنها بخلاف
غير الموطوءة وما بعد انقضا العدة لان التاخير
غير ممكن لعدم بقا النكاح اصلا وقوله
والزوجية في هذه الحالة جواب عن قوله ولهذا
لا يرثها اذا ماتت معناه ان الزوج اذا كان
مريضا لا يتعلق له حق في مال المرأة لكونها
صحيحة فلا يرثها اذا ماتت اما لانه لم يتعلق
حقه بمالها واما لانه رضي بحرمانه عن الارث
حيث اقدم على الطلاق واما لانه لم يكن النكاح
قائما بوجه من الوجوه وقوله فيبطل
في حقه قال في النهاية بالنصب لانه جواب النفي
وقال بعض الشارحين بالرفع لا غير ولكل
منهما وجه خلا قوله لا غير فانه لا وجه له وقوله
وان طلقها ثلاثا بامرها ظاهر قيل سؤالها
الطلاق لا يربو على قولها اسقطت ميراثي من
فلان وثمة لا يسقط اجيب بان الميراث يحتمل
السقوط مقصودا ولكن سببه وهو الزوجية

يحمل

١٤٦

يحمل الرفض فاذا لم ترض برفضها جعلناها قائمة في
حقها حكما واذا رضيت حكمنا بارتفاعها فسقط الارث
ضمناله وكم من حكم يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا ولذلك
اذا اختارت نفسها لانه دليل الرضى بالفرقة وفي
الخلع قد التزمت المال لتحصيل الفرقة لها وهو ادل
على الرضى بها وقوله وان قال لها في
مرضه في هذه المسئلة والتي بعدها يجب للاقل
عند ابي حنيفة ويجب ما اقر واوصى بالغا ما بلغ
فيهما عند زفر وقولهما في الاولى كقول زفر و
في الثانية كقول ابي حنيفة قال زفر الميراث
لما بطل بسؤالها او تصديقها زال المانع من صحة
الاقرار والوصية واذا زال المانع يعمل المقتضي عمله
ووجه قولهما في المسئلة الاولى انهما لما تصادقا
على الطلاق وانقضا العدة صارت اجنبية فانعدمت
التهمة واستوضح ذلك بقوله الا ترى وقوله
وهي سبب التهمة اي العدة سبب تهمة ايثار
الزوج الزوجة على سائر الورثة بزيادة نصيب
لها كما في حقيقة الزوجية والحكم وهو عدم
صحة الاقرار والوصية يدار على دليل التهمة
ولهذا يدار اي الحكم المذكور على النكاح والقرابة
حيث لا يجوز وصيته ولا اقراره لمنكوحته وذوي
قرابته وتحقيقه هو ان الانسان قد يختار
الطلاق لينفتح عليه باب الوصية والاقرار وكذا
قد يتواضع مع بعض قرابته بجمعه بايثاره على غيره
ولكنه امر مبطن وله سبب ظاهر وهو النكاح والقرابة

Copyright © King Saud University

فاقامة الشرع مقامه ولم يجوز الاقرار والوصية هو
لمنكوحته وقريبته فكذا في المعتدة لان العدة هو
من اسباب التهمة ولا عدة في المسئلة الاولى
لتصادقهما على انقضائها وفي عبارته تسامح
لانه ذكر ان العدة من اسباب التهمة ولا هو
عدة في المسئلة الاولى لتصادقهما على
انقضائها وفي عبارته تسامح واقامة الشي
مقام غيره اقامة السبب الداعي مقام المدعو
واقامة الدليل مقام المدلول فيهما قسمان ولابي
حنيفة في المسئلتين ان التهمة قايمة لان المرأة
قد تختار الطلاق لينفتح باب الاقرار والوصية
عليها فيزيد حقها والزوجان قد يتواضعان على
الاقرار بالفرقة وانقضا العدة ليبرها الزوج
بماله ازيادة على ميراثها وهذه التهمة في الزيادة
فرددناها ولا تهمة في قدر الميراث فصححناه
وقوله ولا مواضعة جواب عن قولهما
الا يرى ان يقبل شهادته لها وهو واضح قال
ومن كان محصورا او في صف القتال بهذا البيان
ان حكم الفرار غير منحصر في المرض بل كل شي يقرب به
الى الهلاك غالبا فهو في معنى مرض الموت لان
مرض الموت هو الذي يخاف منه الهلاك هو
غالبا فكان في المعنى سواء وفسر المرض الذي
يخاف منه الهلاك غالبا بان يكون صاحب هو
فراش وفسره بمن يكون بحال لا يقوم لحوائجه
كالاصحاء وكلامه واضح وقوله ولهذا جواب

يخرج

يخرج على هذا منها راكب السفينة بمنزلة الصحيح
فان تلاطمت الامواج وخيف الغرق صار كالمريض
في هذه الحالة ومنها المرأة الحامل فانها كالصحيحة
فاذا اخذها الطلق فهي كالمريضة ومنها المقعد
والمفلوج ما دام يزداد ما به فهو كالمريض فان
صار بحيث لا يزداد كان بمنزلة الصحيح في الطلاق
وغيره لانه ما دام يزداد في علته فالغالب ان
اخره الموت واذا صار بحال لا يزداد فلا يخاف منه
لم يكن له ذلك وقوله اذا مات في ذلك هو
الوجه بيانه اذا طلقها في مرض موته ثم قتل
او مات من غير ذلك المرض الا اذا مات في ذلك
الوجه بيانه اذا طلقها في مرض موته ثم قتل او
مات من غير ذلك المرض الا انه لم يصح قولها الميراث
وكان عيسى بن ابان يقول لا ميراث لها لان هو
مرض الموت ما يكون سببا للموت ولما مات
بسبب اخر علمنا ان مرضه لم يكن مرض الموت
وان حقها لم يكن متعلقا بماله يومئذ فهو كما لو هو
طلقها في صحته ولكنا نقول قد اتصل الموت هو
بمرضه حين لم يصح حتى مات وقد يكون للموت هو
سببان فلا ينافي بهذا ان مرضه لم يكن مرض هو
الموت وان حقها لم يكن ثابتا في ماله وقد بينا
ان ارثها عنه بحكم الفرار وهو متحقق ههنا واذا
قال الرجل لامرأته وهو صحيح كلامه فيه واضح سوى
الفاظ نذكرها وقوله فانت طالق يعني
طلاقا باينا لان حكم الفرار انما يعطي اذا كان الطلاق

بابنا على ما ذكرنا وقوله وكانت هذه
الاشيا بمعنى وحدة تامة لا يحتاج الى حكم
وقوله يصير تطليقا عند الشرط
حكما لا قصدا يظهر بمسئلتين احدهما انه علق
طلاق امراته بالشرط ثم وجد وهو مجنون فانه
يقع مع ان طلاق المجنون غير واقع فدل على انه
ليس بتطليق والثانية ان الرجل اذا علق طلاق
امراته بشرط ثم حلف ان لا يطلق امراته ثم وجد
الشرط لا يحنث فلو كان تطليقا قصدا لحنث وقوله
والفعل مما له منه او لا بد له منه بل يصير منه و
فاذا قيل عليه ينبغي ان لا يصير فارا في التعليق
في الصحة لان الفعل اذا كان مما لا بد له منه يصير
مضطرا في مباشرة ذلك الفعل فلا يصير الفعل ظلما
فلا يرث واجيب بان الاضطرار في جانب
الفعل لا يرد وجوب الضمان عليه كمن اضطر و
الى اكل مال الغير او الى قتل الجمل الصائل فانه
يضمن وان لم يوصف فعله بالظلم لما ان عصمة المحل
يكفي لايجاب الضمان وقوله لانها رضيت
بذلك يعني صار كانه طلقها بسوالها لما ان الرضا
بالشرط رضى بالمشروط فان قيل لا نسلم ذلك
فان احد شريكي العبد اذا قال لصاحبه ان ضربته
فهو حر فضربه عتق والضارب ولاية تضمين و
المالك مع ان الضارب ضربه باختياره فلم يجعل
ذلك منه رضى اجيب بان حكم القران و
ثبت على خلاف القياس استحسانا باجماع الصحابة

بشبهة

١٤٨

بشبهة العدة فانه روي عن عمر وعثمان و
وعلي وتابعهم فيه غيرهم فيبطل حكمه ايضا بشبهة
الرضى ولا كذلك حكم الضمان وقد وجد ههنا شبهة
رضى المراة فتكفي ذلك لنفي حكم الفرار وقوله
وفي العصر يرجع الى صلاة الظهر قيل انما خصها بالذكر
وان كانت جميع المكتوبات فيه سواء لانها اول
صلاة فرضت على النبي صلى الله عليه وسلم
فكان الحكم في النظير الى الاول اسبق وقوله
فكذلك الجواب عند محمد اي لا ترث المراة
لانه حين علق الزوج الطلاق لم يكن في ماله
لها حق فلا يتهم بالقصد الى الفرار ولم يوجد
بعد ذلك منه صنع غاية ما في الباب ان يتقدم
ايقاعها او فعلها باعتبار انهما لا يجد منه بدا
فيكون هذا كالتعليق بفعل اجنبي او بمجي
الشهر وقد بينا ان هناك لا ترث اذا كان
التعليق في الصحة فكذلك ههنا لما ان الزوج
لم يباشر العلة ولا الشرط في مرضه فلا يكون
فارا فان قيل في هذا ايضا فعله من جانب
زفر لانه قال فيما تقدم ان المعلق بالشرط كالمنجز
فكان ايقاعا في المرض والجواب ان معنى هو
قوله لم يوجد من الزوج صنع بعد تعلق حقها بماله
صنع معتبر لان الشرط لما كان فعلها حصل صنع الزوج
كلا صنع بخلاف ما تقدم فان الشرط لم يكن فعلها و
فلم يخرج فعله عن حيز الاعتبار وقوله
لان الزوج الجاها الى المباشرة اي الى جعل فعلها

Copyright © King Saud University

الذي لا يمنع الا ... علة لاسقاط حقهما ولو طاوعها
فارقت ... اي الوطي ... فانه ان لم يطاوعه
... البينونة في الاذن ... اذا يظهر فيما ...
... مسئلة المطاوعة فانما تؤثر
في المطاوعة بعد البينونة واما اذا طاوعته ابنه
الزوج حال قيام النكاح او بعد الطلاق الرجعي
فلا تؤثر لوقوع الفرقة بالمطاوعة وقوله
لان المحرمية لا تنافي الاذن يعني بل تنافي
النكاح كما في الام والاخت وقوله وهو
يعني الاذن هو الباقي وقوله فيكون
راضية ببطلان السبب اي سبب الاذن وهو
النكاح وقوله وقال محمد لا تؤثر و لان
قبل الطلاق فانما يمنع بلعانها لانه اجل للعاني فان
اخر المدارين ... قوله الفرقة انما تقع
بقضا القاضي عندنا فكان العقد احد المتلاعنين
اجيب بان اللعان شهادة عندنا على
ما يأتي والحكم ابدا يثبت بالشهادة لا بالعقد
ووجه قولهما ان الفرقة وان كانت تقع
بلعانها الا انها مضطرة في ذلك لاستدفاع
العار عن نفسها فكان ملجأ بفعل لا بد لها
منه وقد بينا الوجه فيه اي في الفعل الذي لا بد
لها منه وهو قوله لانها مضطرة في المباشرة
وقوله وان ابى وهو صحيح لما هو
وقوله وقد ذكرنا وجهه ... قوله
قلنا ان التعليق السابق يصير تطليقا الى

اخره

اخره وان قوله قبل لا ... تعليقا
الوقوع بمجي الوقت ... في الصحة
لانه متمكن من الابطال ... الاعتقاد لم ...
في حالة المرض صار كانه انشأ الايلا في المرض
وسيأتي بيانه فكذلك ههنا ولو كان ... وكيلا
وكيلا بالطلاق في صحته فطلقها الوكيل والمرة
كان فارا لتمكنه من العزل فان لم يعزله جعل
كانه انشأه فكذلك ههنا اجيب
بان الفرق بينهما ثابت وهو انه لا يمكنه ابطال
الايلا الا بقربانها فلم يكن متمكنا مطلقا
بخلاف مسئلة الوكالة وقوله في جميع
الوجوه يعني سوا كان الطلاق بسوالها او
بغير سوالها وسوا كان التعليق بفعلها او
او بفعله وسوا كان الفعل مما لها منه بد او لم
يكن والباقي واضح

باب الرجعة

لما كانت الرجعة متأخرة عن الطلاق طبعا
اخرها بيانا لتناسب الوضع الطبع والرجعة
بالفتح والكسر والفتح افصح وهي عبارة عن
استدامة ملك النكاح ولها شرائط احدها تقدم
صريح لفظ الطلاق او بعض الفاظ الكنايات كما تقدم
والثانية ان لا يكون بمقابلته مال والثالثة
ان لا يستوفي الثلاثة من الطلاق والرابعة
ان يكون المرأة مدخولا بها والخامسة ان يكون
العدة قائمة ولا خلاف في مشروعيتها لاحد
لثبوتها بالكتاب والسنة والاجماع والفاظ الرجعة

... لا ... او ...
... الوطي ... او ...
... يكون ... تسكن ...
... كما هو ... او ...
ان يكون بالرجعة ولا خلاف لاحد في جواز الرجعة
بالقول واما بالفعل مثل ان يطاها او يقبلها
او يلمسها بشهوة او ينظر الى فرجها بشهوة
فهي صحيحة عندنا وقال الشافعي لا يصح الرجعة
الا بالقول مع القدرة عليه لان الرجعة بمنزلة
ابتداء النكاح لثبوت الحل بها وابتداء النكاح لا يصح
بالوطي ودواعيه فكان الوطي حراما كما في
ابتداء النكاح وقلنا هي عبارة عن استدامة
النكاح كما بينا وهو اشارة الى قوله الاول انه سمى
امساكا وهو الابقاء وقوله وسنقرره اشارة
الى ما ذكر في اخر هذا الباب وهو قولنا انها قائمة
حتى يملك مراجعتها الى اخره وقوله والفعل
قد يقع دلالة على الاستدامة جزء الدليل وقوله
كما في اسقاط الخيار دليله وتقريره الرجعة استدامة
الملك والفعل قد يقع دليلا على الاستدامة
كما في اسقاط الخيار فان من باع جارية على انه
بالخيار ثلاثة ايام ثم وطيها سقط الخيار كما اذا
اسقطه بالقول بل هنا اولى لانه في البيع يحتاج
الى دفع السبب المزيل وهو البيع اما هنا فلا يحتاج
الى دفع الطلاق بل يحتاج الى دفع ما لولاه لزال والدفع
اسهل من الرفع فلما كان الثابت بالدليل ان بعض

الفعل

الفعل قد يقع دلالة على الاستدامة الى ان ...
... فالملك والدلالة ...
... فاعل ...
... وقوله ... خصوصا في الحرة ...
ان حل الاستمتاع بها ليس كالنكاح ...
... ويملك اليمين ايضا بخلاف النظر والمس
بغير شهوة لانه قد يحل بدون النكاح كما في القابلة
والطبيب والخاتنة والشاهد في الزنا اذا احتاج
الى تحمل الشهادة والنظر الى غير الفرج قد يقع
بين المساكنين والزوج يساكنها في العدة فلو
كان النظر اليها رجعة لطلقها فتطول العدة عليها
وفيه ضرر بها فلا يجوز لقوله تعالى فاذا
بلغن اجلهن فامسكوهن بمعروف او سرحوهن
بمعروف ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا قال
ويستحب ان يشهد على الرجعة اذا اراد
الرجعة يستحب ان يقول لاثنين اشهدا على
باني راجعت امراتي وان لم يشهد صحت الرجعة
وقال الشافعي في احد قوليه لا يصح وهو
قول مالك وهو غريب لانه لا يوجب الاشهاد
على ابتداء النكاح ويجعلها شرطا على الرجعة لهما
قوله تعالى فاذا بلغن اجلهن فامسكوهن بمعروف
او فارقوهن بمعروف واشهدوا ذوي عدل
منكم والامر للايجاب ولنا اطلاق النصوص في
الرجعة عن قيد الاشهاد وهو قوله تعالى فامسكوهن
بمعروف وقوله تعالى الطلاق مرتان فامساك

لا يجعل ... [illegible]
... [illegible] عليها ... [illegible]
... [illegible] سلم من ابيك فلم ... [illegible]
... [illegible] في الرجوع او على ... [illegible]
... [illegible] النكاح كما تقدم والاستدامة
اذ الاشهاد حال البقاء والشهادة ليست بشرط في
النكاح حالة البقاء بالاتفاق فكانت كالولي في
الايلاء في الشهادة عليه ليست بشرط لكونه حالة
البقاء الا انها اي الشهادة مستحبة لزيادة الاحتياط
كيلا يجري التناكر فيها اي في الرجعة وما تلاه
يعني من قوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم
محمول عليه اي على الاستحباب دفعا للتناكر
فكان الامر للارشاد الى ما هو الاوثق كما في
قوله تعالى واشهدوا اذا تبايعتم بدليل انه
قرنها بالمفارقة حيث قال او فارقوهن بمعروف
واشهدوا وهي اي الاشهاد فيها اي في المفارقة
مستحب فكذا في الرجعة واعترض بان القران
في النظم لا يوجب القران في الحكم كما في قوله تعالى
اقيموا الصلاة واتوا الزكاة واجيب بان
ذلك فيما اذا حكم على احدى الجملتين المتقاربتين
بحكم الجملة الاخرى وما نحن فيه ليس كذلك بل
فيه كل جملة من الجملتين مستقلة بحكمها وانما
نقيسها بجملة اخرى تعلقت بهما واحد بهما يقتضي
تعلقها به من حيث الاستحباب فكذلك الاخرى
لئلا يلزم استعمال اللفظ الواحد في معنيين مختلفين

ويستحب

... [illegible] ويستحب ... [illegible] ان يعلمها بالرجعة ... [illegible]
كيلا تقع المراة في المعصية فانها ... [illegible]
... [illegible] لانها اذا لم يراجعها ... [illegible]
ويطأها الزوج الثاني ... [illegible]
الذي اوقعها فيه ... [illegible]
ولكن مع ذلك لو لم يعلمها صحت الرجعة لانها
استدامة للقائم وليست انشاء وكان الزوج
بالرجعة متصرفا في خالص حقه وتصرف الانسان
في خالص حقه لا يتوقف على علم الغير فان قيل
كيف يكون عاصية بغير علم اجيب بانها
اذا تزوجت بغير سؤال وقعت في المعصية
لان التقصير جاء من جهتها واذا انقضت العدة
فقال كنت راجعتها في العدة فان صدقته
فهي رجعة وان كذبته فالقول قولها لانه
اخبر عما لا يملك انشاءه في الحال وكل من فعل
كذلك فهو متهم وذلك يقتضي ان لا يصح الرجعة
وان صدقته الا ان بالتصديق ترتفع
التهمة ولا يمين عليها عند ابي حنيفة وهي مسئلة
الاستحلاف في الاشياء الستة وقد مر في كتاب
النكاح واذا قال الزوج قد راجعتك فقالت
مجيبة له قد انقضت عدتي فاما ان قال ذلك
متصلا بكلام الزوج او بعد مكث فان كان الثاني
صحت الرجعة بالاتفاق وان كان الاول لم يصح عند
ابي حنيفة خلافا لهما فانه الرجعة صادفت العدة
لبقائها ظاهرا الى ان تخبر وقد سبقت الرجعة

Copyright © King Saud University

[illegible] في العدة وهي مجيبة لا محالة [illegible]
[illegible] فقال [illegible] مجيبة له قد انقضت
[illegible] ولابي حنيفة انها صادقة حال
[illegible] لانها امينة في الاخبار عن الانقضاء [illegible]
[illegible] الاخبار بها وقد احترت [illegible] ذلك [illegible]
الاخبار يقتضي سبق المخبر عنه ولا دليل على
[illegible] معين واقرب احوال حال قول الزوج
فاذا صادفت حالة الانقضاء لا يكون معتبرة ولا
نسلم ان مسئلة الطلاق على الوفاق بل على
الخلاف ولئن كانت على الاتفاق فالطلاق يقع [illegible]
باقراره بعد الانقضاء والمراجعة لا يثبت به واذا
قال زوج الامة بعد انقضاء العدة قد كنت [illegible]
راجعتها وهي في العدة فاما ان يصدقه المولى
والامة او كذباه او يصدقه المولى ويكذبه
الامة او [illegible] فان كان الاول صحت الرجعة
[illegible] وان كان الثاني لم يصح بالاتفاق [illegible]
[illegible] وان كانت الثالثة و[illegible] له [illegible]
[illegible] القول قولها عند ابي حنيفة وقالا القول
[illegible] المولى لان البضع مملوك [illegible]
[illegible] البضع وكان [illegible]
[illegible] وكان [illegible]
[illegible]
[illegible] ابو حنيفة [illegible]
[illegible] على بقاء [illegible]
[illegible] على [illegible] يكون

القول

[illegible] كانت [illegible] فلم يصح [illegible] الرجعة [illegible]
[illegible] هذا [illegible] كافيا في الاستبداد [illegible]
[illegible] له لان حق الرجعة [illegible] الزوجية [illegible]
[illegible] ذلك عند اعتراض الندم وهذا المعنى [illegible]
[illegible] نقل الى يوجب استبداده به اي بالرجعة
[illegible] الرجوع اذ لو لم يكن مستبدا به لما [illegible]
لانه قد لا ترضى المراة بالرجعة فحق الرجعة يوجب
استبداد الزوج بالرجعة واستبداده بذلك [illegible]
[illegible] بكونه استدامة لا انشاء اذ الدليل الدال على
الاستبداد وهو ما ذكرنا من القياس ينافي ان يكون
الرجعة انشاء لان الزوج لا يستبد به والاستبداد [illegible]
لا يتحقق الا في القائم فكانت الزوجية قائمة وقوله
والقاطع جواب عن قوله لوجود القاطع و[illegible]
ان وجود القاطع لا ينافي قيام الزوجية لانه [illegible]
عمله الى مدة اجماعا او نظرا له على [illegible]
[illegible] للزوج نظرا له فكان كالبيع الذي [illegible]
تاخر عمل البيع في اللزوم الى مدة نظرا لمن له الخيار [illegible]

فصل فيما تحل به المطلقة [illegible]

[illegible] الحق الرجعي ذكر ما يتدارك به [illegible]
[illegible] على حدة واذا [illegible]
الثلاث [illegible] العدة [illegible]
[illegible]
[illegible] المطلقة [illegible]
[illegible] على ما [illegible]
[illegible] الوجود [illegible]

Copyright © King Saud University

[illegible] معدوم ... [illegible]

... وإذا كان حل المحل ثابتاً ...

... بعد انقضائها فإن قيل ...

تقليد ... بمقابلة النص قال الله تعالى ولا [تعزموا عقدة]

النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله نهي عن [العزم]

على نكاح المعتدة مطلقاً والتقييد في

مقابلته باطل أجاب بقوله ومنع الغير

في العدة لاشتباه النسب ومعناه أن المراد

بالآية منع الغير عن العزم على نكاح المعتدة لـ

أن المانع لاشتباه النسب ولا اشتباه في إطلاقه

أي في تجويز نكاح معتدته إذ الاشتباه إنما يكون

عند اختلاف المياه وذلك إنما يكون في معتدة

الغير فاعترض عليه بالصغيرة والآيسة وعدة

الوفاة قبل الدخول ومعتدة الصبي والحيضة

الثانية والثالثة فإنه لا اشتباه في هذه المواضع

ولا يجوز للغير التزوج في العدة وأجيب

بأن ذلك بيان الحكمة وحكمة الحكم تراعى في الجنس

لا في كل فرد لا بيان العلة لوجود التخلف فيما ذكر

من الصور وأقول كما ذكرت اشتباه

النسب مانع عن جواز النكاح في عدة الغير

وهذا ... وأما أنه يلزم جوازه إذا عدم هذا

المانع فليس ... [illegible]

وهو ... [illegible]

في الأمة لم ... الزوج الأول حتى تنكح زوجاً غيره

نكاحاً صحيحاً ويدخل بها ثم يطلقها أو يموت عنها لقوله

تعالى

تعالى فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره

والمراد بقوله إن طلقها الطلقة الثالثة ...

بأهل التأويل والثنتان في الأمة ...

في حق الحرة لأن الرق منصف لحل المحلية

... نعمه والعقدة الواحدة لا تتجزى فكملت ...

... وإنما يجب أن يكون النكاح صحيحاً لأن

الغاية نكاح زوج آخر مطلقاً حيث لم يقيد بصحة

ولا فساد والمطلق ينصرف إلى الكامل على ما عرف

في الأصول والزوجية المطلقة أي الكاملة إنما

تثبت بنكاح صحيح وإنما يشترط الدخول بها أما

إشارة الكتاب على ما ذكره المصنف وهو طريقة

بعض المشايخ وهو أن يحمل النكاح في قوله تعالى

حتى تنكح زوجاً غيره على الوطء حملاً للكلام على

الإفادة دون الإعادة فإن العقد استفيد بإطلاق

اسم الزوج في قوله زوجاً غيره فلو حملنا النكاح

على العقد كان ذلك تأكيداً والتأسيس أولى

من التأكيد وأما بالحديث المشهور وهو حديث

رفاعة بن وهب القرظي طلق امرأته في عهد

رسول الله صلى الله عليه وسلم وهي تميمة وقيل

عائشة بنت عبد الرحمن بن عتيك فتزوجت

عبد الرحمن ابن الزبير القرظي ثم طلقها فأتت النبي

صلى الله عليه وسلم وقالت يا رسول الله أن رفاعة

طلقني فبت طلاقي وإني نكحت بعد عبد الرحمن ابن

الزبير القرظي وإن ما معه مثل الهدبة فقال رسول

الله صلى الله عليه وسلم لعلك تريدين أن ترجعي إلى رفاعة

لا يحل له حتى ... في عسيلته وتذوق عسيلتك [illegible]
[illegible] فلان مختلفة في بعضها [illegible]
[illegible] وفي بعضها بلفظ الخطاب كما ذكرنا وجهه
[illegible] في كتب الاصول وهو حديث مشهور تجوز
الزيادة به على الكتاب ونسخ اطلاقه وقد ذكرنا
ذكرنا ذلك في التقرير على الوجه الاتم فليطلب ثمة
ولا خلاف فيه اي في اشتراط الدخول سوى سعيد
ابن المسيب وقيل هو قول بشر المريسي وقوله
غير معتبر لانه مخالف للحديث المشهور ولهذا لو
قضى القاضي اي بقول سعيد بن المسيب لا ينفذ
والشرط الايلاج دون الانزال لانه الدخول الكمال
ومبالغة فيه اي في الدخول او الكمال قيد لا يثبت الا
بدليل ولا دليل عليه بل الدليل يدل على عدمه
لانه ذكر العسيلة وهي تصغير العسلة وهي كناية
عن احيائه حلاوة الجماع وهي تحصل بالايلاج
وكان التصغير دالا على عدم الشبع بالانزال
ومالك يخالفنا فيه اي في اشتراط الايلاج دون
الانزال وهو انما يتحقق فلا يكون المراهقة كالبالغ
في افادة التحليل والحجة عليه ما بيناه ان الانزال
كمال ومبالغة فيه وهو قيد لا دليل عليه
وقوله فيه اي المراهق في الجامع الصغير
وقال غلام لم يبلغ الى اخره وهو ظاهر قال وولي
المولى لا يحلها اذا طلق امراته ثنتين وهي امة الغير
فوطيها المولى بعد انقضاء العدة لم تحل للزوج الاول
لان غاية الحرمة نكاح الزوج والمولى لا يسمى زوجا

قال

[illegible] روي ان عثمان سئل عن ذلك
[illegible] علي وزيد بن ثابت فقال [illegible]
[illegible] وقال لا هو زوج فقام علي مغضبا [illegible]
[illegible] لا وقال ليس بزوج ولو تزوجها بشرط التحليل
بان قال تزوجتك على ان احللك او قالت المراة
ذلك فالنكاح مكروه لقوله صلى الله عليه وسلم
لعن الله المحلل والمحلل له فان محمله اشتراط
التحليل في العقد كما ذكرنا اذ لو اضمر ذلك في قلبه لم
يستحق اللعن وقيل معنى قوله هو محمله الكراهة
محمل الحديث لا فساده فان طلقها يعني الذي
شرط التحليل بعدما وطيها حلت للاول لوجود
الدخول في نكاح صحيح اذ النكاح لا يبطل بالشرط
وعن ابي يوسف انه يفسد النكاح لانه في
معنى الموقت كانه قال تزوجتك الى وقت كذا
ولا يحلها على الزوج الاول لفساده فان من
شروط التحليل صحة النكاح كما تقدم وعن محمد
انه يصح النكاح لا يبطل بالشرط ولا يحلها على
الاول لانه استعجل ما اخره الشرع لان النكاح عقد
العمر فيقتضي الحل للاول بعد موت الثاني فيشترط
التحليل يصير مستعجلا للحل فيجازى بمنع مقصوده
كما في قتل المورث وذكر في روضة الزندويستي
ان ابا حنيفة قال النكاح جائز والشرط جائز حتى
اذا لم يطلقها الثاني بعد وطئه اياها يجبره القاضي
على ذلك ويحل للزوج الاول اذا طلقها الثاني بنفسه
او بامر القاضي اباه قال الامام ظهير الدين هذا البيان

[illegible] واطلقت [illegible]
[illegible] بعض [illegible] تنقضي عدتها وتزوجت بزوج اخر
ثم رجعت الى الزوج الاول عادت بثلاث تطليقات
ويهدم الزوج الثاني الطلاق كما يهدم الثلث حتى
لم يجعل ذلك الباقي من الملك الاول لكان لم يكن ولا يحرم
الحرمة الغليظة الا اذا طلقها ثلاثا جميعا
مرادي عند ابي حنيفة وابي يوسف وهو مذهب
ابن مسعود وابن عباس وابن عمر وقال محمد
وزفر والشافعي لا يهدم ويبقى الزوج ما كان
بقي من الاول فتحرم الحرمة الغليظة اذا انتهى ذلك
وهو قول عمر وعلي وابي بن كعب وعمران بن حصين
وابي هريرة فاخذ الشيخان بقول المشايخ
والمشايخ من الفقهاء بقول الشبان من الصحابة
استدل محمد بان الزوج الثاني غاية للحرمة
بالنص لقوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد
حتى تنكح زوجا غيره على ما تقدم وكل ما كان
غاية للحرمة فهو منه لها لان المغيا ينتهي بالغاية
فيكون الزوج الثاني منهيا للحرمة ولا انهاء للحرمة
قبل ثبوتها وليست بثابتة قبل وقوع الثلاث
ولهما قوله صلى الله عليه وسلم لعن الله المحلل
والمحلل له ووجه الاستدلال ان اهل الحديث اورده
في باب ما جاء في الزوج الثاني وكان المراد بالمحلل الزوج
الثاني وسماه محللا وهو المثبت للحل [illegible] الحل الذي
يثبت به اما ان يكون الحل السابقة او حلا جديدا
لا سبيل الى الاول لاستلزامه تحصيل الحاصل

فتعين

١٥٥

فتعين الثاني وبالنص [illegible] يكون غير الاول والاول
حل ناقص [illegible]
بالتطليقات الثلاث فان قيل [illegible] سلمنا ان المحلل
هو المثبت للحل فان يكون ذلك [illegible]
يقتضي ان يكون ذلك في المطلقة ثلاثا لان الاحاديث
[illegible] ما ذكره المصنف ان محله هو [illegible]
وذلك لا يكون الا في المطلقة ثلاثا والثاني [illegible]
[illegible] قبل ذلك ثابت فيفضي الى ما [illegible]
جهلا بالحقيقة فالجواب اما قد ذكرنا ان قوله
وهو محلل مقتضيان احدهما ما ذكرت وليس بمراد
والثاني في ان محله الكراهة لا الفساد وخرج تنبيه
الامر الاول فان الحل وان كان قبل ذلك ثابتا
لكن اطلاق المحلل يقتضي ان يكون الثاني على
الاطلاق محللا فصرفه الى بعض الصور تقييد بلا
دليل والثابت به غير الثابت قبله على ما ذكرنا
وكانت المطلقة ثلاثا وغيرها سواء وبه يندفع
الامر الثاني واذا طلقها ثلاثا فقالت قد انقضت
عدتي على ما ذكره في الكتاب ظاهر وقوله
واختلفوا في ادنى هذه المدة قال ابو حنيفة لا تصدق
في اقل من ستين يوما وقال ابو يوسف ومحمد لا
تصدق في تسعة وثلاثين يوما وتخريج قولهما
انه يجعل كانه طلقها في اخر جزء من اجزاء الطهر وحيضها
اقل الحيض ثلاثة وطهرها اقل الطهر خمسة عشر
يوما فالثلاثة اذا كانت تحرت مرات كانت تسعة
والطهران ثلاثون يوما فلذلك صدقت في تسعة

... [illegible] عليه [illegible]
[illegible] يوما [illegible]
[illegible] ما لا [illegible] ابي حنيفة [illegible]
[illegible] ثم [illegible] فصل
[illegible] طلقها في اول الطهر تحرزا عن ايقاع الطلاق
[illegible] الطهر بعد ايقاع [illegible] طهرها خمسة عشر يوما [illegible]
[illegible] لا [illegible] لاكثر الطهر فقدرناه باقله وجميعا
خمسة لان من اراد [illegible] يكون
[illegible] الى اكثر [illegible]
خمسة [illegible] اطهار كل طهر خمسة عشر يوما يكون
خمسة واربعين وثلاث حيض كل حيضة خمسة
يكون خمسة عشر فذلك ستون يوما وهذا على
ما ذكره محمد واما على رواية الحسن [illegible]
كان طلقها في اخر الطهر لان التحرز عن تطويل العدة
واجب وايقاع الطلاق في اخر الطهر اقرب الى التحرز
عن تطويل العدة ثم حيضها عشرة لانا لما قدرنا
طهرها باقل المدة نظرا لما بعد من حيضها باكثر
المدة نظرا للزوج وثلاث حيض كل حيضة
عشرة ثلاثون وطهران كل طهر خمسة عشر يوما
ستون يوما قوله وسنبينها في
باب العدة قال في النهاية وقعت هذه الحوالة
حوالة غير رائجة لانه لم يذكرها في باب العدة
ولا في غيره ورد من حيث اللفظ فلان مثل هذه
يسمى وعد الاحالة فكان ينبغي ان يقول وعد
غير منجز واما المعنى فلانه لم يقل في باب العدة
من هذا الكتاب فيجوز ان يكون وعده منجزا في
باب العدة من كتاب اخر قوله الاول

طاهر

١٥٦

والاصل والثاني [illegible]
[illegible] باب [illegible]
الايلاء [illegible]
[illegible] الثاني [illegible]
حكم ملك النكاح ارتفعت الى نوع الطلاق والرجعة
والكفارة في الاظهارية قال فسد ان الطلاق [illegible]
[illegible] ثم [illegible] في وقته ثم [illegible]
[illegible] الايلاء لا دله من حيث [illegible]
[illegible] ولم [illegible] فيه معنى الظلم على ما [illegible]
ادنى درجة الاباحة وهو في اللغة عن
اليمين [illegible] وفي الشريعة
عبارة عن منع النفس عن قربان المنكوحة
اربعة اشهر منعا مؤكدا باليمين وسببه
سبب الطلاق الرجعي وهو عدم الموافقة وهما
متشابهان في ان الابانة فيهما موقتة الى وقت
لكن من الناس من يختار الطلاق الرجعي لان
التدارك فيه لا يستعقب فيه مكروها ومنهم
من يختار الايلاء لما ان التدارك فيه غير متضمن
نقصان عدد الطلاق بخلاف الطلاق الرجعي وشرطه
ان يكون صادرا من اهل الطلاق عند ابي حنيفة
او من اهل وجوب الكفارة عندهما في منكوحة
في هذه اربعة اشهر فصاعدا وركنه ان يقول
والله لا اقربك اربعة اشهر ونحوه او يقول ان
قربتك فعبدي حر ونحو امثاله وحكمه لزوم الكفارة
بالقربان في الاول ولزوم الجزاء في الثاني ووقوع
طلقة بائنة اذا مضت مدة الايلاء فهو يمين [illegible]

[illegible] عند انتهاء المدة
على المدة [illegible]
[illegible] الرجل
من لا يحنث [illegible]
[illegible] او قال والله لا اقربك
[illegible] لقوله تعالى للذين يؤلون
من نسائهم تربص اربعة اشهر الاية فان فاء
في الاربعة الاشهر حنث في يمينه ولزمته الكفارة
لان الكفارة موجب الحنث وقال الشافعي في القديم لا
كفارة لان الله تعالى قال فان فاءوا فان الله غفور رحيم
ووعد المغفرة والغفور لا يجب عليه عقوبة ولنا
ان وعد المغفرة في الاخرة وذلك لا ينافي وجوب
الكفارة في الدنيا وسقط الايلاء على معنى انه لو
مضت اربعة اشهر لا يقع الطلاق لان اليمين
يرتفع بالحنث وان لم يقربها حتى مضت اربعة
اشهر بانت منه بتطليقة لان معنى الايلاء عندنا
ان مضت اربعة اشهر ولم اجامعك فانت
طالق تطليقة بائنة وعند الشافعي لا يقع
الفرقة بمضي المدة ولكنه توقف بعد المدة على ان
يفيء اليها او يفارقها فان ابى ان يفعل فرّق
القاضي بينهما وكان التفريق تطليقة
بائنة لانه مانع حقها في الجماع فينوب القاضي
منابه في الشرع كما في الجب والعنة ولنا انه
ظلمها بمنع حقها وهو الوطي في المدة فجازاه الشرع
بزوال نعمة النكاح عند مضي هذه المدة تخليصا
لها عن ضرر التعليق ولا يحصل التخليص بالرجعي
فوقع بائنا وهو المأثور عن عثمان وعلي والعبادلة

الثلاثة

[illegible]
الثلاثة [illegible] الشهادة عبد
الله بن مسعود [illegible] عبد
الله بن عمرو [illegible] وعبد
الله بن عمر وعن المحدثين [illegible] ابو
عباس [illegible] ابن الزبير لم يذكر [illegible]
[illegible] مسعود [illegible] بان [illegible]
[illegible] لا يمنع حقها اذا لم يطأها مرة واحدة
ولم يعقد سقط حقها واجيب بان
حقها سقط بالجماع مرة واحدة في القضاء واما
في الديانة فلم يسقط فكان الجزاء بزوال النكاح
بوقوع الطلاق لمنعه حقها ديانة وفيه نظر
لانه لا يستلزم ان لا يحكم من القاضي بوقوعه
لانه ليس بظالم عنده بعد الدخول مرة واحدة
كذلك ولان الايلاء كان طلاقا في الجاهلية
على الفور بحيث لا يبقى بها الشخص بعد الايلاء
ابدا فحكم الشرع بتاجيله الى انقضاء المدة فلم
يتصرف الا بالتاجيل فلا يتوقف على تطليقه
او تفريق القاضي وقوله فان كان
حلف يعني اذا مضت اربعة اشهر ولم يقربها
فلا يخلو اما ان كان حلف على اربعة اشهر او على
الابد فان كان الاول فقد سقط اليمين لانها
كانت موقوتة به وان كان الثاني
فاليمين باقية لانها يمين مطلقة ولم يوجد
الحنث لم يقع به الا انه لا يتكرر الطلاق قبل
التزوج وهو استثناء من قوله فاليمين باقية
لانه لم يوجد منع الحق بعد البينونة اذ لا حق

لبقاء محل الجزاء بعد بقائها وبهذا اعتبار عامة المشايخ
وكان الشيخ الامام ابو سهل الشعري يقول بتكرر
الطلاق بتكرر المدة يعني اذا مضت مدة الايلاء
قبل انقضاء عدتها لان الايلاء في حق الطلاق
بمنزلة شرط متكرر وكانه قال كلما مضت اربعة
اشهر ولم اقربك فيها فانت طالق بائن والفرق
انه لو لم يقربها حتى بانت ثم تزوجها ولم يقربها
اربعة اشهر بانت فدل انه بمنزلة شرط متكرر
والصحيح قول العامة لما ذكر في الكتاب فان عاد
فتزوجها بعد البينونة بمضي اربعة اشهر
اخرى لان اليمين باقية لاطلاقها وبالتزوج
حدث حقها فتحقق الظلم فيزال بالطلاق البائن
وقوله ويعتبر ابتدا هذا الايلاء من وقت
التزوج قيل هو احتراز عما اذا تزوجها قبل انقضاء
العدة فان ذلك الايلاء يعتبر من وقت الطلاق
لا من وقت التزوج كذا ذكره الامام التمرتاشي فان
تزوجها ثالثا وفي بعض النسخ ثالثا ولكل وجه
اما الاول فبالنظر الى التزوج بعد الايلاء واما
الثاني فبالنظر الى التزوج قبل الايلاء فالاول
اظهر عاد الايلاء ووقعت بمضي اربعة اشهر
اخرى تطليقة اخرى ان لم يقربها لما بينا
ان اليمين باقية لاطلاقها وبالتزوج ثبت حقها
فيتحقق الظلم فان تزوجها بعد زوج اخر لم
يقع بذلك الايلاء طلاق وان وطئها كفر عن يمينه
اما عدم وقوع الطلاق فلعدم بقاء هذا الملك

كما ذكرنا

كما ذكرنا ان الايلاء بمنزلة التعليق ثم التعليق باق
وتعليق الطلاق يختص بهذا الملك فذلك الذي
حصل فيه التعليق هي في مسئلة التنجيز
الثلاث فانه يبطل التعليق عندنا خلافا
لزفر وقد مر من قبل اي في باب الايمان في
الطلاق وقال في المبسوط واذا آلى الرجل
من امرأته ثم لا يقربها ثم طلقها ثلاثا بطل
الايلاء عندنا خلافا لزفر فان الايلاء طلاق
موجل فانما ينعقد على التطليقات المملوكة
ولم يبق شيء منها بعد وقوع الثلاث عليها
ولذلك لو بانت بالايلاء ثلاث مرات ثم تزوجها
بعد زوج اخر لم يكن موليا الا عند زفر
واما الكفارة عند الوطي فلبقاء اليمين لاطلاقها
ووجود المثبت قال فان حلف على اقل
من اربعة اشهر لم يكن موليا فان حلف على
اقل من اربعة اشهر مثل ان يقول والله لا اقربك
شهرا او هو في المبسوط او قال لا اقربك شهرين
او ثلاثة اشهر لم يكن موليا وقال ابن ابي ليلى
هو مول ان ترك وطئها اربعة اشهر بانت بتطليقة
وهكذا كان يقول ابو حنيفة اولا فلما بلغه
فتوى ابن عباس لا ايلاء فيما دون اربعة اشهر
رجع عن قوله فان قيل فتوى ابن عباس
مخالف لظاهر النص لان الله تعالى قال للذين يؤلون
من نسائهم تربص اربعة اشهر اطلق الايلاء وقيد
التربص بمدة وذلك يقتضي ان من آلى من امرأته

[illegible] مدة كيوم او ساعة بطل مدة تربص اربعة
اشهر وما لا يتقدر بمدة يكون زيادة على الاربعة وهي
لا تحقق بفتوى ابن عباس فكيف [illegible] رجع ابو حنيفة
بفتوى قوله فالجواب ان فتوى [illegible] ابن عباس وقع
في المقدرات فالراي لا يدخل في المقدرات
الشرعية فكان مسموعا ولم يخالفه احد فكان
يحتمل تفسيرا للنص لا تغييرا او تقديرا واسم
للذين يؤلون من نسائهم اربعة اشهر تربص
اربعة اشهر ترك الاول ويدل له الثاني فكان
من باب الاكتفا وقوله ولان الامتناع
عن قربانها دليل معمول على وضع المبسوط
كما ذكرنا في مطلع هذا البحث وتقديره الامتناع
عن قربانها اي عن قربانه معها الى مما زوجها
شهر او اكثر المدة وهو ثلاثة اشهر حاصل بلا مانع
لانه ليس فيه يمين وبمثله اي بمثل هذا الحلف
المنعقد على شهر لا يثبت الطلاق بمضي اربعة
اشهر لخلو الزائد عن اليمين فكان كمن لم يقربها
اربعة اشهر او اكثر بلا يمين فانه بمضي اربعة
اشهر لا يقع والضمير في فيه قيل هو راجع الى
الامتناع وقيل الى الحلف المفهوم من قوله
وبمثله ويجوز ان يكون راجعا الى اكثر المدة
ولو قال المصنف ولان الامتناع عن قربانها في
بعض المدة يدل في اكثر المدة كان اشمل لتناوله
وضع المبسوط وغيره ولو قال والله لا اقربك
شهرين وشهرين بعد هذين الشهرين فهو مولي

لانه

لانه جمع بينهما بحرف الجمع وهو الواو فصار كالجمع
بلفظ الجمع كانه قال والله لا اقربك اربعة اشهر
فيكون يمينا واحدة حيث لم يتخلل المدة الثانية
بنفي على حدة على قربانها في المدة لو يمينه فكانت
واحدة ولو مكث يوما او ساعة ثم قال والله
لا اقربك شهرين بعد الشهرين الاولين لم يكن
موليا لان الثاني ايجاب مبتدا لادخل في
ذلك لانه اذا لم يعد اسم الله في المعطوف ولا ذكر
حرف النفي ولم يمكث بينهما ساعة دخل المعطوف
في حكم المعطوف عليه كما في المسئلة الاولى واما
اذا ما فات احد الامور المذكورة فقد كان ايجابا مبتدا
وعلى هذا في المسئلة الثانية لا يكون موليا لفوات
الامور الثلاثة لوجود المكث يوما واعادة اسم
الله وحرف النفي فقد صار ممنوعا بعد اليمين الاولى
شهرين وبعد الثانية مضافا الى الاول بقوله بعد
الشهرين الاولين اربعة الا يوما مكث فيه فلم
يتكامل مدة المنع فلا يكون موليا ويكون كلامه مع
يمينين مستقلتين يلزمه القربان كفارتان ولو قال
والله لا اقربك شهرين ولا شهرين لا يصير موليا
لانه باعادة حرف النفي صار يمينا اخرى وصار الاجلين
وقت احد كما لو قال والله لا اكلم فلانا يوما ولا يومين
ان اليمين ينقضي بيومين لانه اعاد كلمة النفي فصار
الثاني منفردا عن الاول فتداخل وقتهما كغير
المنفرد لان الوقت الواحد يصلح وقتا لايمان
كثيرة كما ان من قال والله لا اكلم فلانا شهرا

Copyright © King Saud University

ولو [illegible] هذه الدار شهرا او لا اكل هذا الطعام يوما
شهرا [illegible] واحد [illegible] الايمان كلها فكذلك
[illegible]
[illegible] في مدة الايلا
[illegible]
[illegible] على حدة
كان [illegible] واحدة فكان موليا [illegible] والله
[illegible] سنة الا يوما لم يكن موليا [illegible]
[illegible] يقول بعرف الاستثنا الي اخر [illegible]
لو قال اجرت داري هذه السنة الا يوما [illegible]
مدة المنع وثبات المولي من له يمكنه القربان
اربعة اشهر الا بشي يلزمه وهذا ليس بصادق
علي من نحن فيه لانه يمكنه القربان اذ المستثنى
يوم منكر فاي يوم يقربها يجعله بعد يمينه الاولى
اذ يجعله اليوم المستثنى فيقربها فيه من غير
شي يلزمه [illegible] في اخر السنة [illegible]
لتصحيحه اي لتصحيح عقد الاجارة لانه لا يصح
مع التنكير للجهالة ولو قربها في اليوم والباقي
اربعة اشهر او اكثر صار موليا لسقوط الاستثنا
ولو قال وهو بالبصرة والله لا ادخل الكوفة
وامراته بها لم يكن موليا لانه يمكنه القربان
من غير شي يلزمه بالاخراج من الكوفة
ولا يستشكل بمن له اربع نسوة فقال والله لا اقربهن
فانه يصير موليا منهن اذا لم يقربهن جميعا اربعة اشهر
عندنا خلافا لزفر مع ان له ان يطا كل واحدة

منهن

منهن الي ان ياتي علي الثلث من غير شي يلزمه
لان الحنث لا يتحقق الا بقربان الكل [illegible] فان ياتي
بالبعض [illegible] لو حلف [illegible]
له ان [illegible] غير حنث [illegible]
[illegible] الايلا [illegible] كلمة الحلف علي
اربع نسوة [illegible] موليا في الحال [illegible]
[illegible] علم ان [illegible] القربان [illegible] من غير
[illegible] يمنع [illegible] لانه [illegible] موليا
[illegible] على الوجه المذكور [illegible]
[illegible] منهن يمنع حقهما في الجماع
كما لو عقد يمينه علي كل واحد منهم علي الانفراد
الا انه لا تلزمه الكفارة بقربان بعضهن لان الكفارة
وجبت بالحنث فلا يحنث ما لم يتم شرطه ولكن
عند تمام الشرط لا يكون وجوب الكفارة بقربان
الاخرة فقط بل بقربانهن جميعا واما وقوع الطلاق
في الايلا فباعتبار البر وذلك يتحقق في كل واحدة
منهن فلهذا بر بمضي المدة كذا في الهداية قال
ولو حلف بحج او بصوم لما فرغ من اليمين بالله في
الايلا شرع في بيان اليمين بغير الله فيه يذكر الشرط
والجزا وكلامه واضح وقوله البيع [illegible]
يعني لان الاصل عدم ما يحدث فلا يمنع المانع فيه
فيه اي في الايلا لكن ان باع العبد سقط الايلا
عنه لانه صار بحال يمكنه قربانها من غير ان يلزمه
شي فان اشتراه لزمه الايلا من وقت الشرا لانه
صار بحال لا يمكنه قربانها الا بحنث يلزمه ولو كان

Copyright King Saud University

بطاهر ما قصد باباته ثم اسقاه لم يكن موليا لان
الفرق بعد ... لوجود ... الحنث بعد البيع
كان مراعاة ... ان يبيعه ... الايلاء
لا فلا يكون ... بعده ... ان
... وقوله ... من المطلقة
الرجعية ... واشترط ...
حقها في الجماع والمطالبة ...
في الجماع لا قضاء ولا ديانة ولهذا لم يكن لها ولاية
المطالبة بذلك حتى كان المسبة ... ان
... بعد الجماع فلا يكون الزوج ظالما
فينبغي ان لا يترتب عليه جزاء الظلم الذي هو الايلاء
واجاب ... العلامة شمس الائمة الكردري
بان الحكم في المنصوص مضاف الى النص لا الى المعنى
والمطلقة الرجعية من نسائنا بالنص وهو
قوله تعالى وبعولتهن احق بردهن والبعل
هو الزوج وكانت المراة من نسائه فكان
الحكم المرتب على نساء الازواج بقوله تعالى
للذين يؤلون من نسائهم مرتبا على المطلقة
الرجعية ولو قال لاجنبية والله لا اقربك او انت
علي كظهر امي ثم تزوجها لم يكن موليا ولا مظاهرا
لان الكلام في مخرجه وقع باطلا لانعدام المحلية
او المحل شاور بالنص وكان كبيع ... باطلا
فلا ينقلب بعد ذلك صحيحا فان قربها
كفر لتحقق الحنث اذ اليمين منعقدة في حقه اي
في حق الحنث لان اليمين يعتمد تصور الفعل

المحلوف

١٦١

المحلوف عليه حسا ولا يعتمد حله لوجود ... ولهذا
... لو قال والله لا امس ... السماء ... اليوم في
اليوم ولم ... حنث ...
... او مدة ابدا او مدة شهران وقال الشافعي
... ابدا ...
...
... المسئلة على
ثلاثة اوجه احدها انه اتى وهو صحيح وفي
... مقدار ما يستطيع فيه ان
يجامعها ثم مرض بعد ذلك ففيئه بالجماع عينا
فلا ... لان المعتبر اخر المدة ... عاجز
عنه فكان كواجد الماء في اول الوقت لم يتوضا
حتى عدم الماء جاز له التيمم وقلنا لما تمكن من
الجماع تمكنا جماعها فقد تحقق منه الظلم بمنع حقها
في الجماع فلا يكون رجوعه الا بايفاء حقها في الجماع
والثاني انه اتى وهو مريض وتم اربعة اشهر
وهو مريض وفيه ان يقول بلسانه فئت
اليها فان قال ذلك سقط الايلاء عندنا وقال
الشافعي لا فيء الا بالجماع واليه ذهب الطحاوي
لانه لو كان فيئا لكان حنثا لان الفيء يستلزم
حكمين وجوب الكفارة وانتفاء الفرقة ثم الفيء
باللسان لا يعتبر في احد الحكمين وهو الكفارة فكذلك
في الاخر ولنا انه اذاها بذكر المنع لان الزوج اذا
كان عاجزا عن الجماع حال الايلاء لم يكن قصده
الا ايحاشها باللسان ومثل ذلك ظلم يرتفع باللسان

Copyright © King Saud University

وههنا لم يكن ظلم يرتفع باللسان واذا ارضاها بالاداء
ارتفع الظلم لان التوبة بسبب الجناية فلا هو
لجانب بالاداء [illegible] ولا يلزم من توقفه على هذا
الجماع ان وجبت الكفارة لانه جزاء الحنث والحنث
لا يتحقق بالفيء باللسان فان قيل اذا كان م
[illegible] مريضا وقت الايلا [illegible] يتحقق الايلا
لعدم الظلم بمنع حقها اذ ليس [illegible] الجماع
ذلك فالجواب ما نقلناه [illegible]
شمس الائمة الكردري وقد ذكر شمس الائمة
السرخسي في اول كتاب البيوع والسالك
اذا آلى وهو مريض فقدر على الجماع في المدة
وفيه بالجماع سواء كان فاء اليها في مرضه بالقول
او لم يفئ اما اذا لم يفئ فظاهر وكذا اذا فاء لانه قدر
على الاصل قبل حصول المقصود بالخلف ولقائل
ان يقول المولي اذا كان مريضا حال الايلا لا نسلم
ان الاصل فيه الجماع لما ذكرنا انه اذا لم
يذكر المنع فيكون ارضاها بالوعد باللسان
والجواب ان المرض قد يطول وقد يقصر
فعلى تقدير ان يقصر عن مدة الايلا ويقدر
على الجماع صار ظالما بمنع حقها في الجماع ويشترط
ان قصده في الابتدا لم يكن منع الحق بالجماع والاصل
في الفيء الجماع ولكن في اطلاق الحلف بعضهم
تسامح على عود كلامه فتامل سواء قال لامرأته
انت على حرام سئل عن نيته لانه يحتمل
وجوها لا يتبين بعضها عن بعض الا بالارادة

فان

فان قال اردت الكذب فهو كما قال لا يقع طلاق
[illegible] لا يكون ايلاء [illegible] الا انه نوى حقيقة كلامه
لان المرأة حلال [illegible] فقوله حرام غير
مطابق للواقع فيكون كذبا [illegible] لان الكذب
اذا كان حقيقة كلامه وجب ان يصدق ولا يصدق
الى [illegible] الا ديانة لان الحقيقة لا تحتاج
الى [illegible] وقيل لا يصدق في القضاء ذكره
العلماء [illegible] الكيسي في مختصرهما ان القاضي لا يصدقه
في ادعاء [illegible] لانه يمين ظاهر لكونه تحريم الحلال
كما نذكره ولو قال اردت الطلاق فان لم ينو شيئا
من العدد او نوى واحدة او ثنتين فهي واحدة
بائنة وان نوى الثلاث فثلاث لانه من الكنايات
وقد تقدم البحث فيهما وان قال اردت الظهار
فهو ظهار في قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال
محمد ليس بظهار نقله شمس الائمة السرخسي
عن النوادر لمحمد ان الظهار تشبيه المحللة
بالمحرمة وهو الركن فيه ولا تشبيه ههنا فلا يكون
ظهارا ولهما انه اطلق الحرمة وهي تحتمل انواعا
والظهار نوع منها فيكون من محتملات مطلق
الحرمة ومن نوى محتمل كلامه صدق وان قال
اردت التحريم او لم ارد شيئا فهو يمين يصير به موليا
فان قربها كفر وان لم يقربها حتى مضت اربعة
اشهر بانت منه بالايلاء اما اذا اراد التحريم فلان
الاصل في تحريم الحلال انما هو اليمين عندنا لقوله
تعالى يا ايها النبي لم تحرم ما احل الله لك الى قوله

[illegible]
وبين اهله ... [illegible]
... بسبب الجناية فلا
... [illegible] فان وفي
... ريبت كذلك ولان الحرمة في الايلاء
لا تثبت في الحال ما لم ... [illegible]
الفها ريثبت في الحال فاذا رجع
بائنا ويحرم الوطي والايلاء يحرم الوطء
حرمة اليمين اذ في الحرمة ... [illegible] يحيى
الكلام فيه في الايمان ان شاء ... [illegible]
مشايخنا من يصرف لفظ التحريم الى الطلاق من
غير النية قال ابو بكر الاسكاف وابو
جعفر الهندواني وابو بكر بن سعيد قال الفقيه
ابو الليث وبه ناخذ لان العادة جرت فيما بين
الناس في زماننا هذا انهم يريدون بهذا
اللفظ الطلاق **باب الخلع** اخر
الخلع عن الايلاء لمعنيين احدهما ان الايلاء لما تعرى
عن المال كان اقرب الى الطلاق بخلاف الخلع فانه
فان فيه معنى المعاوضة من جانب المراة والثاني
ان مبنى الايلاء نشوز من قبل الزوج والخلع
نشوزها من قبل المراة غالبا فقدم ما بالرجل
على ما بالمراة والخلع بالضم اسم من قولهم خالعت
المراة زوجها واختلعت منه لانها لباس له وهو في
الشريعة عبارة عن اخذ مال من المراة بازاء
ملك النكاح بلفظ الخلع وشرطه شرط الطلاق وحكمه
وقوع الطلاق البائن وصفته انه من جانب

المراة

١٦٣

المراة معاوضة ... [illegible] ابي حنيفة ويمين
... [illegible]
لا يملك ابطاله ... [illegible]
منهما في شق اي جانب ... [illegible]
حدود الله اي ما يلزمهما من حقوق الزوجية
... [illegible] المراة نفسها منه بمال
... [illegible] تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت
... [illegible] على الرجل فيما اخذ ولا على المراة
... [illegible] تعالى ما اعطته ... [illegible]
... [illegible] استحقوه لان النساء عوان عند
الازواج بالحديث وكان المال الذي يعطي في
خلعهن فداء فاذا فعلا ذلك وقع الطلاق بائن
ولزمها المال لقوله صلى الله عليه وسلم الخلع
تطليقة بائنة روي ذلك عن عمر وعلي وابن
مسعود موقوفا عليهم ومرفوعا الى رسول
الله صلى الله عليه وسلم ولانه يحتمل الطلاق
حتى صار من الكنايات فاذا قال خالعتك ولم يذكر
العوض ونوى الطلاق وقع والواقع بالكنايات
بائن فان قيل لو صار من الكنايات لكانت
النية شرطا وليست بشرط اجيب بقوله
الا انه يكون ذكر المال اغنى عن النية ههنا
وقد قيل في بيانه ان الخلع يحتمل الانخلاع
عن اللباس او عن الخيرات وعن النكاح فلما ذكر
العوض تعين الانخلاع عن النكاح فلا يحتاج الى النية
ولانها لا تسلم المال الا ليسلم لها نفسها وذلك بالبينونة قوله

Copyright © King Saud University

وان كان النشوز من قبله يقال نشزت المراة على زوجها
فهي ناشز اذا استعصت عليه وابغضته وعن الزجاج
النشوز يكون من الزوجين وهو كراهة كل واحد
منهما صاحبه يكره له ان ياخذ [illegible] لقوله تعالى
وان اردتم استبدال زوج مكان زوج [illegible]
احداهن قنطارا فلا تاخذوا منه شيئا اتاخذونه
بهتانا واثما مبينا فان قيل النهي [illegible] عن فعل
حسي وهو الاخذ ومثله يقتضي عدم المشروعية
ثم هو موكد بتاكيد هو قوله اتاخذونه بهتانا
واثما مبينا وكيف تاخذونه وقد افضى بعضكم
الى بعض واخذن منكم ميثاقا غليظا فكيف افاد
الجواز مع الكراهة اجيب بان النهي وان ورد
عن فعل حسي ولكنه لمعنى في غيره وهو زيادة
الايحاش فلا يعدم المشروعية في نفسه كما في قوله
صلى الله عليه وسلم لا تتخذوا الدواب كراسي والى
هذا اشار بقوله التالي وهو قوله ولانه اوحشها
بالاستبدال فلا يزيد في وحشتها باخذ المال
وان كان النشوز منها كرهنا له ان ياخذ
منها اكثر مما اعطاها وفي الجامع الصغير طاب الفضل
لاطلاق ما تلوناه بدءا اي اولا يعني قوله تعالى
فلا جناح عليهما فيما افتدت به فانه لا يفصل بين
الفضل وغيره ووجه الرواية الاخرى اي رواية
القدوري وهي رواية كتاب الطلاق في الاصل
قوله صلى الله عليه وسلم في امراة ثابت بن قيس
فجاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت

لا أعيب

[illegible]
لا اعيب على ثابت في دين ولا خلق ولكن اخشى الكفر
في الاسلام لشدة بغضي اياه فقال اتردين عليه
حديقته فقالت نعم وزيادة فقال صلى الله عليه وسلم
اما الزيادة فلا وكان النشوز منها [illegible] من الجانبين
[illegible] اما الزيادة فلا يقتضي اباحة اخذ الفضل
على ما ذكر [illegible]
[illegible] الاباحة كان مكروها
[illegible] في القضاء ولكن اذا مع
اخذ [illegible] لانه مقتضى ما تلونا من قوله
تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به بيان الجواز
حكما اي [illegible] الزيادة في القضاء فلا اباحة
اي اباحة [illegible] الزيادة هكذا فسر الشارحون
كلام المصنف وفرقوا بين الجواز والاباحة فان كل مباح جائز
دون العكس لان الجواز ضد الحرمة والاباحة
ضد الكراهة فاذا انتفى الجواز ثبت ضده وهو
الحرمة فينتفي الاباحة ايضا واذا انتفى الاباحة
ايضا ثبت ضدها وهو الكراهة فلا ينتفي به الجواز
لجواز اجتماع الجواز مع الكراهة فقد ثبت يعني ما تلونا
[illegible] الاباحة لمعارض وهو قوله صلى الله عليه وسلم
اما الزيادة فلا لكونه نهيا لمعنى في غيره وهو زيادة
الايحاش كما تقدم وهو لا يعدم المشروعية فيبقى معمولا
في الباقي وهو الجواز وفيه بحث من وجهين احدهما
ان النهي انما ورد في الحديث عن الرد وكلامنا
في كراهة الاخذ فليس الحديث متصلا بمحل النزاع
والثاني ان الحديث خبر واحد وهو لا يعارض الكتاب
والجواب عن الاول ان الرد اذا كان غير مباح

و[illegible] الا [illegible] وهو [illegible] لي ان
[illegible] ان [illegible] بهما الخلع من هذا الوجه
[illegible] اذا اخذ وهو [illegible]
[illegible] وان اراد ان يستبد الزوج بما ان ينزع
الحق يؤديه فلا تاخذوا منه شيا والكتاب يجوز ان
[illegible] من الكتاب واذا عورض الكتاب بالكتاب حين
[illegible] ان يعارض بالخبر فكان الحديث معارضا للكتاب
[illegible] معارضة الكتاب بالكتاب وهي غير جائزة عند
وان طلقها على مال فقبلت قال اذا طلقها بالف
درهم او على الف درهم فقبلت وقع الطلاق
ولزم المال لان هذا تصرف معاوضة يعتمد اهلية
المتعاقدين وصلاحية المحل والكل حاصل اما اهلية
الزوج فلانه يستبد بالطلاق تنجيزا وتعليقا بالمال
وقد علقه بقبولها لانه مقام المعاوضة يا ان كان
تتعلق فيه بالقبول واما اهلية المراة فلانها
يملك التزام المال لولايتها على نفسها واما صلاحية
المحل فلان ملك النكاح مما يجوز الاعتياض عنه
وان لم يكن مالا كالقصاص فانه ليس بمال وجاز
اخذ العوض عنه والجامع وجود الالتزام من اهله
كذا في بعض الشروح واذا وقع الطلاق كان باينا
لما بينا انها لا تسلم المال الا ليسلم لها نفسها ولانه
معاوضة المال بالنفس وقد ملك الزوج احد البدلين
فيملك الزوجة البدل الآخر وهو النفس تحقيقا للمساواة
قال وان بطل العوض في الخلع اذا خالع المسلم
امراته على خمر او خنزير او ميتة فلا شيء للزوج له

لبطلان

لبطلان العوض المسمى [illegible] يا يجوز ان يطلق عليه
على ذلك وهي مدخول بها ولم يكن الطلاق الواقع
الطلقة الثالثة فلا شيء له والطلاق رجعي اما
الاستيناف وقوع الطلاق فلانه علقه بقبولها
وقد قبلت واما الافتراق بينهما بالبينونة والرجعي
فلانه بطل العوض كان العامل في الاول لفظ
الخلع وهو كناية كما تقدم والواقع بها باين اذا
لم يكن من الفاظ الثلاثة وهذه اللفظة
ليست منها وفي الثاني الصريح وهو يعقب
الرجعة واما عدم وجوب شيء عليها للزوج
فلانها ما سمت مالا متقوما لتصير غارة له ولانه
لا وجه لالتزام المسمى لامتناع المسلم عن تسليمه
وتسلمه ولا الزام لعدم الالتزام بخلاف ما اذا خالع
على خل بعينه فظهر خمرا فانه يلزم عليها رد المهر
الذي اخذته عند ابي حنيفة وعندهما كيل مثل
ذلك من خل وسط وهذا لان الصداق سواء لانها
سمت مالا وعزته بذلك وكانت مقامة لان
الغرر بوصف في العقد يوجب الضمان فان قيل
ما الفرق بين هذا وبين ما اذا كاتب او اعتق عبده
على خمر حيث يكون الكتابة فاسدة وان اداها
عتق وعلى العبد قيمته اجاب بقوله بخلاف
ما اذا كاتب على خمر حيث تجب قيمة العبد لان ملك
المولى فيه اي في العبد متقوم حتى لو غصب وجب
القيمة على الغاصب وما رضي بزواله مجانا فلما لم يقدر
على تسليم البدل لعدم تقومه لزم قيمة المبدل وهو

Copyright © King Saud University

ابو [illegible] بملك المهر [illegible] النتيجة
[illegible] متقوم على ما يذكر [illegible] والعقد
[illegible] وهذا الجواب [illegible]
العبد خاصة كما تقدم وكذا بالنسبة الى المكاتب لان
ملك المولى لما كان فيه متقوما لم يرض بزواله
بلا بدل ولما لم يصح البدل فسدت الكتابة واما
البضع فلما لم يكن متقوما لم يلزم من بطلان البدل
فساد الخلع واما عتق المكاتب اذا ادى القيمة
لان في الكتابة يتعلق العتق باداء المسمى [illegible]
وجد الشرط فيقع المشروط قيل في قوله على خمر
تلويح الى انه لو كانت على ميتة او دم فالكتابة
باطلة حتى لو ادى لم يعتق ولا يجب القيمة وقوله
وبخلاف النكاح للفرق بينه وبين الخلع حيث صح
ووجب مهر المثل والخلع صح فلم يجب
شيء لان البضع في حالة الدخول متقوم وهذا
اذا تزوج المريض امرأة بمهر مثلها كان من
جميع المال [illegible] ما ذكره وهو واضح قال
وما جاز ان يكون مهرا في النكاح جاز ان يكون
بدلا في الخلع كما جاز ان يكون مهرا في النكاح جاز
ان يكون بدلا في الخلع ولا ينعكس لان ما يجوز ان
يكون عوضا للمتقوم اولى ان يصلح عوضا لغيره
ولا ينعكس فان اختلعت منه على ما في بطون
[illegible] وله ما في بطونها [illegible]
ما هو شبيه [illegible] وان تزوج امرأة على ما في بطون
غنمه وجب مهر المثل لان التسمية غير صحيحة

لكون

لكونهما من الجهالة [illegible]
[illegible] لكنهما بالحظر [illegible]
[illegible] في بعض الاحوال [illegible] واحد [illegible]
وفيهما فان البضع في باب النكاح [illegible]
بالاضافة [illegible]
النسبة ما في البطن باعتبار المال فاذا صحت التسمية
[illegible] المسمى فان وجد وان لم يكن في بطونها
شيء فلا شيء له لانها ما غرته لان ما في البطن
قد يكون مالا متقوما وقد يكون [illegible] فان قالت
له خالعني على ما في يدي ففعل فلم يكن في يدها
شيء [illegible] عليه لانها لم تغره بتسمية المال
لان [illegible] المال وغيره وان قالت
خالعني على ما في يدي من مال فلم يكن في يدها
شيء ردت عليه مهرها [illegible] ما لم
يكن الزوج راضيا بالزوال مجانا ولا وجه الى
ايجاب المسمى وقيمته للجهالة [illegible] الجهالة
كل واحد منهما ويجوز ان يكون معناه لجهالة
المسمى واذا المسمى مجهولا كانت القيمة اكثر جهالة
ولا الى قيمة البضع اعني مهر المثل لانه غير متقوم
حالة الخروج [illegible] فتعين ايجاب ما قام البضع
به على الزوج دفعا للضرر عنه قوله [illegible] وان
قالت خالعني على ما في يدي من دراهم [illegible]
وقوله [illegible] من الدراهم [illegible]
الى ما يقال اذا كان في هذه الصورة [illegible]
او دراهم يجب اداء [illegible] عليها شيء غير [illegible] لان

[illegible] الا [illegible] يقتضي [illegible] [illegible] او [illegible]
[illegible] ان [illegible] اصطلاح الب[illegible]
[illegible] الرجس من الاوثان ومن [illegible] خط فقال
كما هو ضي يصح الكلام فيه بدونه فهو للتبعيض كما في
[illegible] احذ [illegible] من الدراهم وكل موضع لا يصح فيه
بدونه فهو صلة زيدت لتصحيح الكلام قال [illegible]
لو قالت خالعني على ما في يدي دراهم اخذ الكلام
واذا لم يكن للتبعيض كان للجمع فيه الجنس [illegible]
على حاله فيلزمها ثلاثة دراهم احتمل الكلام
واذا لم يكن للتبعيض كان للجمع وليما [illegible] فيه [illegible]
على حاله فيلزمها ثلاثة [illegible] دراهم واعترض بان
ما ذكرت من الاختلال ليس بصحيح لان قوله
دراهم وقولها الدراهم [illegible] [illegible] ادمغا ويكون
تقديره خالعني على الدراهم [illegible] الكلام اذا دخل
الجمع ولم يكن ثمة معهود يراد به الواحد فلو كان
في يدها درهم واحد وجب ان يكتفي به ولا
يلزمها الزيادة والجواب [illegible] [illegible] ان هذا
المنع لا يضرنا لانه اذا كان تقديره [illegible] خالعني
على دراهم يلزمها ثلاثة [illegible] [illegible] طلاق وعن
الثاني بانه لا نسلم انه لا معهود ثمة بل ما في يدها
معهود لنا [illegible] [illegible] [illegible] على عبد لها
ابق على انها بريئة [illegible] [illegible] الابطال [illegible]
[illegible] تسليم [illegible] [illegible] [illegible] الا [illegible] والخلا
[illegible] [illegible] علم [illegible] [illegible] ان قدرت
او تسليم قيمته ان عجزت لانه عقد معاوضة [illegible]

تقتضي

١٦٦

[illegible] الطلاق
[illegible] [illegible] [illegible] [illegible] رفع [illegible]
[illegible] عند ابي حنيفة [illegible] [illegible] او باطل [illegible]
الوجهين والطلاق واقع وعليه [illegible] لان [illegible]
[illegible] بعد انعقاده ولا فسخ بعد الانعقاد [illegible]
لانه المفروض بعد ايجاب الزوج وقبول المر
الفسخ من الجانبين اما من جانبه فلانه يمين لانه
ذكر شرط وجزاء معنى واليمين لا يقبل الفسخ واما
من جانبها فلان قبول المراة شرط تمام اليمين فان
يمين الزوج يتم بقبول المراة فاخذ قبولها حكم اليمين
في عدم احتمال الفسخ ولابي حنيفة ان الخلع في
جانبها بمنزلة البيع الا ترى انها لو رجعت صح ولو قامت
من المجلس بطل كما في البيع واذا كان كذلك صح اشتراط
الخيار فيه واما في جانبه فيمين لانه لا يصح الرجوع
عنه ويتوقف على ما وراء المجلس ولا خيار في الايمان
فان قيل قد ثبت انه من جانبها شرط اليمين
وشرطه [illegible] لا يقبل الفسخ اجيب بان كونه شرط
يمين لا ينافي [illegible] يكون تمليكا في نفسه كمن قال لاخر
ان بعتك هذا العبد بكذا فعبدي هذا الاخر حر فانه
معلق بالمعاوضة ولم يمنع كونه معاوضة ان يكون
شرطا لليمين واذا كان كذلك ثبت فيه الخيار ثم
لا يبطل العمومين [illegible] بحكم الخيار نظرا [illegible] شرطا
لانه [illegible] شرعا [illegible] لهذا الحكم وهو انه تمليك
مال وجانب العبد في العتاق [illegible] جانبها في الطلاق
يعني يصح الخيار من العبد اذا اخبره في الاعتاق على

كالبيع ... المتبايع من جانب المرأة ومن قال
[illegible] امس على الف درهم فلم تقبل فقالت
[illegible] قول الزوج ومن قال لغيره بعت
[illegible] العبد بالف درهم امس فلم تقبل فقال قبلت فالقول
قول المشتري ووجه الفرق ان الطلاق
بالمال يمين من جانبه فانه تعليق الطلاق بقبولها
المال ولهذا لم يصح الرجوع عنه والاقرار به اقرار
باليمين على تاويل الحلف او المذكور لا يكون اقرارا
بوجود الشرط لصحته اي لصحة اليمين بدونه اي
بدون الشرط اما البيع فلا يتم الا بالقبول ولهذا
يملك الرجوع قبل القبول فالاقرار به اي بالبيع اقرار
بما لا يتم الا به فانكاره القبول رجوع منه عن
الاقرار وهو غير مسموع قال والمبارأة
كالخلع المبارأة بفتح الهمزة مفاعلة من بارا شريكه
اذا ابرا كل واحد منهما صاحبه وترك الهمزة خطاء
كذا في المغرب والاصل في هذا الفصل ان المبارأة
والخلع كلاهما يسقط حق لكل واحد من الزوجين
على الاخر مما يتعلق بالنكاح كالمهر والنفقة الماضية
دون المستقبلة لان النفقة المستقبلة بالمبارأة النفقة
والسكنى ما دامت في العدة به صرح الحاكم الشهيد
في الكافي وهذا عند ابي حنيفة وقال محمد لا يسقط
فيهما الا ما سمياه وابو يوسف معه في الخلع ومع
ابي حنيفة في المبارأة فلو كان مهرها الفا فخالعها
قبل الدخول على مائة درهم من مهرها فليس لها ان
ترجع على الزوج شيء في قول ابي حنيفة وفي قولهما

يرجع

[illegible] ... [illegible]
يشترط ... كانت طلاقا تنصيف المهر فيبطل الجهالة
الخلع لانه لا يبطل بالشروط الفاسدة فان قيل
سلمنا ان الخلع لا يبطل بها لكن ينبغي ان يفسد
التسمية لاشتراط عدم وجوب تسليم المسمى
فاذا افسدت رجع الزوج عليها بما ساق اليها
من المهر كما اذا اختلعت منه على دابة اجيب
بان الفساد اذا كان صحيحا كان ما تنافيه من الشرط
ساقطا والشرط لا يؤثر في فساد شيء وانما فسدت
التسمية فيما اذا اختلعت على دابة للجهالة المستفحشة
لكونها تشتمل انواعا مختلفة من الحيوان فان قيل
الخلع لما يوجب تسليم المسمى يوجب تسليمه بوصف
كونه سليما واشتراط البراءة عن وصف السلامة
صحيح فيصح اشتراطها عن تسليم المسمى ايضا اجيب
بانه استحقاق التسليم فوق استحقاق التسليم
فان بيع مالا يقدر على تسليمه لا يجوز والبيع
بشرط البراءة عن العيوب صحيح فلا يلزم من
جواز الادنى جواز الاعلى ولان الرغبة في تملك
الشيء لا تتحقق بدون التسليم وباشتراط
البراءة عنه يفوت المقصود ولا كذلك اشتراط البراءة
عن العيوب [illegible] وعلى هذا النكاح يعني
اذا تزوج امرأة على عبد على انه بريء من
[illegible] لم يبرأ [illegible] تسليم [illegible]
قالت طلقني ثلاثا بالف فطلقها واحدة فعليها
ثلث الالف وكذلك ... قالت طلقني ثلاثا على الف

[illegible] من جانب المرأة وفي قال
[illegible]
[illegible] الفه [illegible]
[illegible] بعلات [illegible]
[illegible]
[illegible] المرأة معاوضة وكلمة [illegible]
[illegible] في المعاوضات حتى ان قوله احمل [illegible]
[illegible] درهم وعلى درهم سواء [illegible]
[illegible] اجزاء العوض على اجزاء المعوض ولابي [illegible]
ان كلمة على للشرط اي يستعمل للشرط مجازا [illegible]
الله تعالى يبايعنك على ان لا يشركن بالله شيئا
اي بشرط عدم الاشتراك بالله وحتى قال لامرأته
انت طالق على ان يدخل الدار كان شرطا ويكون
المجاز ما ذكر المصنف انه استعير للشرط فالشرط
لا يتوزع على اجزاء المشروط [illegible] وجهين
احدهما ان جعل [illegible] الشرط [illegible] لانه
دخل على [illegible] ذلك [illegible] التعليق
والثاني [illegible] المجاز [illegible]
مجازا اخر [illegible] المجاز [illegible] الاخذ
فان اللزوم [illegible] بين الشرط والجزا
فكذلك بين العوض والمعوض [illegible]
عن الاول [illegible] تابع للطلاق
[illegible] وان لم يجعله مستقلا
[illegible] العوض [illegible]
[illegible] الشرط [illegible] حقيقة للشرط مجازا
[illegible] والمجاز [illegible] الحقيقة اولى
على [illegible] في الاصول وقوله على ما هو

اراد

[illegible]
[illegible] طلاق [illegible]
[illegible]
[illegible] نفسك بالف [illegible]
[illegible] على الف او بالف يتوقف على قبولها [illegible]
[illegible] يمين من جهته فيصح تعليقه واضافته
[illegible] لا يصح رجوعه ولا يبطل بقيامه عن المجلس
[illegible] على البلوغ ان كانت غائبة لانه يمين
[illegible] بعوض مالي وهو من جهتها مبادلة
فلا يصح تعليقها واضافتها ويصح رجوعها قبل قبول
[illegible] ويبطل بقيامها عن المجلس وقوله
[illegible] له بالف بعوض يجب لي عليك نظرا
[illegible] على شرط الف يكون
[illegible] على قول ابي حنيفة فاما عندهما
[illegible] لا يجب بدون
قبول [illegible] والتعليق بالشرط
[illegible] وجوده يحتاج [illegible] وجوده
[illegible] الف عليها [illegible] القبول فاذا قبلت
في المجلس [illegible] وقع الطلاق ووجب عليها الالف ويكون
الطلاق بائنا لما قلنا في اول هذا الباب من الحديث
وهو قوله صلى الله عليه وسلم الخلع تطليقة بائنة
[illegible] لانها لا تسلم المال الا
[illegible] لا [illegible] الالف
[illegible] وقع الطلاق [illegible] على [illegible]
حنيفة [illegible]

فقبل [illegible] كما [illegible]
[illegible] ويقع الطلاق [illegible]
[illegible] قال [illegible]
وقيل [illegible] هو ان [illegible] من [illegible] احدهما [illegible]
او العبد اذا [illegible] وقع الطلاق والعتاق بائنا
عند [illegible] ولا معتبر بقولها وعندهما يجب على
[illegible] المراة المال والثاني انهما اذا لم يقبلا [illegible]
يقع الطلاق والعتاق عنده كما اذا قبلا وعندهما
يجب اذا لم يقبلا لهما ان هذا الكلام يستعمل للمعاوضة
فان قولهم احمل هذا المتاع ولك درهم بمنزلة قولهم
بدرهم والخلع معاوضة فيحمل الواو على الحال
لدلالة المعاوضة كانه قال انت طالق بالف
درهم فقبلت ولهما ههنا طريقان احسن وهو
ان يحمل الواو للحال كانه قال انت طالق في حال
ما يجب لي عليك الف ولا يكون ذلك الا بعد قبولها
فاذا قبلت الالف ولابي حنيفة ان قوله وعليك
الف جملة تامة من مبتدأ وخبر وكل ما هو كذلك
لا يرتبط بما قبله الا بدليل اذ الاصل في الجملة
التامة الاستقلال ولا دليل ههنا لان الطلاق
والعتاق ينفكان عن المال بل عادة الكرام فيهما
الامتناع عن قبول عوض بخلاف البيع والاجارة
لانهما لا يوجدان [illegible] دون المال لكونهما معاوضة
محضة فيحمل على ان يكون حال المعاوضة دليلا ولو
قال انت طالق على الف على اني بالخيار او على انك
بالخيار ثلاثة ايام فقبلت طلقت والخيار باطل اذا
كان للزوج وجائز اذا كان للمراة فان ردت الخيار

في

الزوج من مالها بدل [illegible] الطلاق او [illegible]
لا يقع [illegible]
[illegible] الا و[illegible]
[illegible] فانه يحتمل ان يصرف
الى لزوم المال والصحيح ان الطلاق واقع
مصروف الى المال نص عليه في المنتقى [illegible]
[illegible] الاب كلسانهما ولو خالع امراته الصغيرة
على مهرها فقالت [illegible] قالت الصغيرة لزوجها اخلعني
على مهري ففعل وقع الطلاق بغير بدل واختاره
[illegible] وقال [illegible] اصح لانه تعليق شرط بقوله
[illegible] بقول الاب فيعتبر بالتعليق بسائر الشروط
[illegible] بقوله ان دخلت الدار وغيره في ذلك
يقع اذا وجد [illegible] فكذا هذا اذا وجد القبول ووجد
الرواية الاخرى [illegible] في معنى اليمين والايمان
لا تجري فيهما النيابة ولا تنعقد من الاب العقد
[illegible] بطريق النيابة الا [illegible] هذا لا يقوى
فان الاب [illegible] منه شرط اليمين لانفس اليمين
وشرط اليمين يصح من كل احد فان خالعها على الف
على ان الاب ضامن فالخلع واقع والالف عليه
على الاب ومعنى الضمان ههنا التزام المال على
نفسه لا الكفالة عن الصغيرة لان الزوج لا يستحق
عليها مالا حتى تتكفل [illegible] احد ووجه ذلك ما ذكر
في [illegible] الخلع على الاجنبي صحيح
في معنى المختلعة في عدم [illegible] مقابل البدل
في ملكه فعلى الاب الاولى وذكر في وجه الاول

[illegible] والحجة [illegible] الاب [illegible]
[illegible] باقي الانفسخ [illegible] لا يجوز
[illegible]
[illegible] الصغير فلا يجوز [illegible]
و[illegible] اولى وفيه تأمل فان المعروف في
الصغير انما يؤخر والد ولو ان لو تعلق بدل
الخلع بمال الصغيرة وليس كذلك فكان ترك الولي
وعدمها سواء ولعل الاولى ان يقال الخلع تصرف
دائر بين النفع والضرر ويقع بعوض كعقد الهبة
على ما قيل فاذا كان التزام بدله من الاجنبي صحيح
مع قصور الشفقة فلان يصح من الاب مع وفور
اولى فان قلت على ما ذكرت من كون الاجنبي
في معنى المراة في عدم دخول شيء بمقابلة البدل
في ملكه يجب ان يصح اعتاق الرجل عبده على
مال على الاجنبي كما يصح على مال عليه لانه لا يدخل
في ملك الاجنبي شيء وليس كذلك قلت
يحصل للعبد حرية نفسه التي هي حياة معنوية
وسبب حصول الاعتاق ليس الاجنبي كذلك
لا يقال في الخلع ايضا يحصل للمراة الحرية عن رق
النكاح وليس الاجنبي كذلك لانا نقول العتق
يثبت الحرية والقوة الشرعية والخلع يرفع المانع
ليعمل القوة التي عليها [illegible] لم يكن فيه اثبات
[illegible] وقوله [illegible]
مهرها يصح [illegible] كان الخلع [illegible] لم يدخل
[illegible] لانه ليس من الفطر ولا [illegible]

وقوله

[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible] يجوز [illegible]
[illegible] بان [illegible]
مقصد [illegible] وقع الطلاق لوجود [illegible]
ولا يجب [illegible] لانها ليست من اهل [illegible]
لانه قبله الاب عنها فعنه اي في هذا الاصول
وان كان في رواية يصح وفي اخرى لا يصح ووجه
الرواية التي ما ذكرناه انفا وان ضمن الاب المهر
التزم يعني اذا خالع الاب مع الزوج والتزم المهر
على ذمته وهو الف درهم مثلا طلقت لوجود
قبوله وهو الشرط ويلزمه خمسمائة استحسانا
لان وضع المسئلة فيما اذا كانت غير ملموسة
وكان المهر الفا اضاف الخلع الى مهرها ما يجب
لها بالنكاح والواجب لها بالنكاح في الطلاق قبل
الدخول نصف المهر وهو خمسمائة فكانه خالعها
على خمسمائة [illegible] في القياس [illegible]
الحكم [illegible] اعلم ان ضمان الاب بالمهر وهو الف
درهم [illegible] لا يخلو من احد الامرين اما ان يكون
مدخولا بها او لا فان كانت [illegible] على الزوج
جميع المهر وللزوج على الاب بحكم الضمان الف درهم
وان لم يكن فلها على الزوج نصف المهر لان
النصف الاخر سقط بالطلاق قبل الدخول وللزوج
على الاب الف درهم بحكم الضمان في القياس واما في
الاستحسان [illegible] للزوج على الاب خمسمائة لان المقصود
[illegible] اذا نصف سقط بالطلاق

١٧

Copyright © King Saud University

[illegible]
قبل الدخول [illegible]
ولو [illegible] عن [illegible]
[illegible] سقط منه الالف وقد
[illegible] النصف سقط بالطلاق قبل الدخول
نصف الاخر يرجع به المراة عليه فهو يرجع
به على القابض وهو الاب هذا اذا لم يقبض
المهر واما اذا قبضته كله فيرجع الزوج بالف
عليهما وبالنصف الاخر على القابض يسلم له جميع
الالف ولا معتبر باختلاف السبب عند اتحاد
المقصود واصل هذه المسئلة في الكبيرة اذا اختلعت
قبل الدخول على الف ومهرها الف ولم تقبض شيئا
فالقياس ان يجب عليها خمسماية للزوج لان خمسماية
من المهر سقطت بالطلاق قبل الدخول وقد
التزمت المراة الالف وتمحض الالف سقط عن
ذمتها بطريق المقاصة لان لها على الزوج
خمسماية باقية بعد سقوط نصف المهر فوجب
عليها خمسماية زايدة على الالف تتميما للالف التي
التزمتها وفي الاستحسان لا شي عليها لان مقصود
الزوج سقوط كل المهر عن ذمته وقد حصل ولم
يلتزم شيئا زايدا على ذلك واما اذا قبضت جميع المهر
فعلى القياس ترد المراة الالف وخمسماية الالف
بدل الخلع وخمسماية نصف المهر بالطلاق قبل الدخول
وفي الاستحسان ترد الالف لا غير خمسماية بدل الخلع
وخمسماية بالطلاق قبل الدخول قوله زايدة
بالجر لان الصفة تتبع الموصوف في الاعراب

مكا

يرجع عليها [illegible] الالف
[illegible] درهم ثم يجب للزوج عليها [illegible]
يرجع عليهما الى تمام النصف فان اخالعها على
شي معلوم معروف سوى الصداق فان كانت
١٧١ المراة مدخولا بها والمهر مقبوض فانها تسلم
الى الزوج ولا يتبع احدهما الاخر بعد الطلاق بشي
وان كان المهر غير مقبوض فالمراة تسلم الى الزوج
بدل الخلع ولا يرجع على الزوج بشي من المهر عند
ابي حنيفة خلافا لهما واما اذا كانت المراة غير مدخول
بها والمهر مقبوض كان الزوج ياخذ منها بدل الخلع
ولا يرجع عليها بنصف المهر بسبب الطلاق قبل
الدخول عند ابي حنيفة وان لم يكن المهر مقبوضا
باخذ الزوج منها بدل الخلع وهي لا ترجع على زوجها
بنصف المهر عند ابي حنيفة خلافا لهما واما اذا بارأها
بمال معلوم سوى المهر فالجواب فيه عند
محمد كالجواب في الخلع عنده وعند ابي حنيفة
وابو يوسف الجواب فيه كالجواب في الخلع و
عند ابي حنيفة محمد ان هذه اي كل واحد من
الخلع والمباراة [illegible] وبينهما وفاة يسقط
[illegible] ولا غير ولهذا لو كان لاحدهما دين واجب
بسبب اخر [illegible] لا يسقط [illegible]
ذلك ونفقة [illegible] لا يسقط [illegible]
[illegible] النكاح ولابي يوسف [illegible]
من المراة والمفاعلة تقتضي الفعل من الجانبين
وذلك يقتضي براءة واحد منهما عن الاخر وانه في

Copyright © King Saud University

... [illegible] ... تاركا لما ...
[illegible] ... النكاح لدلالة الفرض وهو ...
... النشوز الحاصل بسبب ...
... انقطاع المنازعة الناشئة بالنكاح ...
... لا بالحقوق الواجبة بالنكاح اما الخلع ...
مقتضاه الانخلاع وقد حصل في نفس النكاح فلا ...
يؤدي الى انقطاع الاحكام ولابي حنيفة ان الخلع
ينبئ عن الفصل ومنه خلع النعل وخلع العمل
وهو انفصال العامل عنه والفصل لا يكون الا عن
وصل ولا وصل الا بالنكاح وحقوقه اللازمة
به وقد صدر مطلقا من غير قيد بالنكاح
بالمباراة يعمل بالاطلاق كما في المباراة في القطع
واحكامه وحقوقه قوله ... فصل ونفقة
العدة لم يكن واجبة ... الخلع ليسقط بدو ...
يجب بعده شيئا فشيئا ومن خالع ابنته وهي
صغيرة بمالها لم يجز عليها لانه ولا نظر لها
ولا نظر لها فيه اذ في هذا الخلع لان البضع في حالة
الخروج غير متقوم وبهذا يعتبر خلع المريضة
من الثلث والبدل متقوم ... بالتبرع
متقوم بمال له قيمة ليست من النظر في شيء ... لا
النكاح فان الرجل اذا زوج ابنه الصغير امرأة
... لان البضع متقوم حالة الدخول
ولهذا يعتبر نكاح المريض بمهر المثل من جميع المال
فكان مقابلة المتقوم بالمتقوم وهي من وجوه
النظر واذا لم يجز الخلع لم يسقط المهر ولا يستحق

الزوج

١٧٢

... [illegible] ...
... [illegible] ...

باب الظهار قد تقدم وجه ترتيب الحرمات
في اول كل باب منها ويحتاج الى ...
... اللعان ووجهه انه اقرب الى الايلاء ...
... بسبب اللعان فان سبب اللعان عند اسناد ...
الى غير منكوحته يوجب حد القذف وموجبه
الحد معصية محضة بغير شائبة الاباحة والظهار
في اللغة قول الرجل لامرأته انت علي كظهر امي
وفي اصطلاح الفقهاء تشبيه المنكوحة بالمحرمة
على سبيل التأبيد اتفاقا بنسب او رضاع او
مصاهرة وانما قيد ... اتفاقا احترازا عن قول
الرجل لامرأته انت كظهر فلانة وهي ام المزني
بها او بنتها فانه لا يكون مظاهرا لان من الفقهاء
من يقول الحرام لا يحرم الحلال وسببه سبب
الخلع وهو النشوز فان اية الظهار نزلت في
خولة وكانت ناشزة وشرطه كون المظاهر عاقلا
بالغا مسلما ... مسلما وركنه قوله
لامرأته انت علي كظهر امي او ما قام مقامه
وحكمه حرمة الوطء والدواعي مع بقاء اصل الملك
الى غاية الكفارة فاذا قال الرجل لامرأته انت
علي كظهر امي فقد حرمت عليه لا يحل له وطؤها
ولا مسها ولا تقبيلها حتى يكفر عن ظهاره لقوله
تعالى والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون
لما قالوا فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا والظهار كان

حكمه الى تحريم
ظهار [illegible] الجاهلية [illegible] الشرع اصله و[illegible] حكمه الى تحريم
موقت بالكفارة غير مزيل للنكاح [illegible]
لان احدهم في الجاهلية اذا اراد ان يبالغ في [illegible] امراته
جعلها في التحريم علي نفسه كالمواضع التي لا يحل له
عليها من امه كالفخذ والظهر والبطن والفرج
ثم نظروا فلم يجدوا موضعا احسن في الذكر
واستر من الظهر مع اصابة المعنى الذي ارادوه
فاستعملوه دون غيره ثم ان قول بنت ثعلبة
قالت كنت عند اوس بن الصامت وكان شيخا
كبير سنه فراجعته في بعض ما امرني به فقال
انت علي كظهر امي ثم خرج فجلس في نادي قومه
ثم رجع الي فراودني عن نفسي فقلت والذي
نفس خولة بيده لا تصل الي وقد قلت ما قلت
حتى يقضي الله ورسوله في ذلك فوثب علي
فدفعته بما تدفع به المراة الشيخ الكبير وخرجت
الى بعض جاراتي فاخذت [illegible] [illegible] اتيت
رسول الله صلى الله عليه وسلم [illegible]
فجعل يقول لي زوجك [illegible]
فاحسبني الذي [illegible] ان تشكو الى رسول الله صلى
الله عليه وسلم ما [illegible] سوء خلقه فما برحت
رسول الله صلى الله عليه وسلم ما كان يغشاه
عند نزول الوحي فلما سري عنه قال انزل الله
فيك وفي زوجك [illegible]
الله قول التي تجادلك في زوجها وتشتكي الى
الى آخرها [illegible]

فقلت

١٧٢

[illegible] فقلت
[illegible] فقلت فهو شيخ كبير لا يطيق الصوم [illegible]
[illegible] فليطعم ستين مسكينا فقلت ما عنده [illegible]
[illegible] رسول الله فقال انا سنعينه بعرق فقلت وانا [illegible]
[illegible] فقال افعلي واستوصي به خيرا وقال
علماؤنا المراد من العود هو العزم على الجماع [illegible]
الذي هو امساكها بالمعروف وقال الشافعي المراد
[illegible] ان يمسكها ولا يطلقها عقيب الظهار وقوله
وهذا اشارة الى نقل حكم الظهار من الطلاق الى
التحريم الموقت بالكفارة وبيان ان الظهار جناية
لكونه منكرا من القول وزورا قال الله تعالى
وانهم ليقولون منكرا من القول وزورا والمنكر
ما ينكره الحقيقة والشرع والزور وهو الكذب
والباطل [illegible] المجازاة عليها بالحرمة
وارتفاعها بالكفارة ثم الوطي اذا حرم حرم بدواعيه
كيلا يقع فيه كما في الاحرام وقال الشافعي لا يحرم
[illegible] قوله تعالى من
قبل ان يتماسا [illegible] في القران كناية عن
الجماع [illegible]
اللمس حقيقة في المس باليد [illegible] الكلام الحقيقة و
[illegible]
لا يحرم [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible] في [illegible] الكراهية [illegible]
[illegible]

Copyright © King Saud University

اجيب بان اوقات الحيض والصوم و[illegible]
نادر لكن اوقات الطهر والافطار اكثر فلما كثر اوقات
الطهر كان الجماع موجودا فيها ظاهرا فيوجب ذلك
فيؤثر رغبة في الجماع فلا يليق فيه ايجاب الزاجر
لان ايجاب الزاجر لمنع وجود الجماع وعند نفور
الرغبة كان ممتنعا فلا يحتاج الى ايجاب الزاجر
فان وطئها قبل ان يكفر استغفر الله ولا شيء عليه
غير الكفارة الاولى اي الكفارة الواجبة بالظهار
على الترتيب المنصوص ولا يعاود الوطي حتى يكفر
لما روي ان سلمة بن صخر البياضي قال لرسول
الله صلى الله عليه وسلم ظاهرت من امرأتي ثم
ابصرت خلخالها في ليلة قمراء فواقعتها فقال
رسول الله صلى الله عليه وسلم استغفر ربك
ولا تعد حتى تكفر ووجه الاستدلال انه ذكره
بقوله ولو كان شي اخر واجبا لامره عليه السلام
وهذه الاشارة اي قوله انت علي كظهر امي نعني
هذا اللفظ لا يثبت من الاشياء الا الظهار
فلو نوى الطلاق او الايلاء وقال لم انو به الا
ظهارا لانه اي كونه طلاقا منسوخ فلا يتمكن
في ذلك بتغير موضوع الشرع وليس للعبد ذلك
فان قال انت علي كبطن امي او كفخذها او كفرجها
فهو مظاهر لان الظهار ليس الا تشبيه المحللة
بالمحرمة واللام في المحللة والمحرمة للعهد اي المحللة
نكاحا او بملك يمين بالمحرمة تأبيدا الذي ... هنا
المسمى اي التشبيه يتحقق في عضو لا يجوز النظر اليه

كالامها

اقتداء ايام المراة وفي الشريعة تربص يلزم المراة عند
زوال ملك المتعة متأكدا بالدخول او الخلوة او
او الموت وهو اي هذا الزوال سببها وشرطها
وقوع الفرقة وركنها حرمات ثابتة الى اجل ينقضي
وعند الشافعي هو كف المراة نفسها عن افعاله
محظورة عليها وقد عرف في موضعه قال واذا طلق
الرجل امراته اذا طلق الرجل امراته طلاقا بائنا او
رجعيا ولم يقل وقد دخل لان قوله رجعيا يغني عنه
اذ الرجعة لا تكون الا في المدخول بها او وقعت
الفرقة بينهما بغير طلاق كخيار العتق وخيار البلوغ
وعدم الكفاءة وملك احد الزوجين الاخر والفرقة
في النكاح الفاسد وهي حرة ممن تحيض فعدتها
ثلاثة قروء وهو في عدة الطلاق ظاهر المراد
يدل عليها بعبارته واما الفرقة بغير طلاق فحمل
في معناه لان العدة وجبت للتعرف عن براءة الرحم
في الفرقة الطارئة على النكاح وهذا اي التعرف
عن براءة الرحم يتحقق فيهما اي في الفرقة بغير طلاق
والاقراء الحيض عندنا وقال الشافعي الاطهار و
اللفظ حقيقة فيهما فكان من الالفاظ المشتركة
بين الاضداد ذكره ابن السكيت ولا يمكن ان
يثبتا ولهما حمله للاشتراك فان اللفظ الواحد
عندنا لا يدل على معنيين مختلفين حقيقتين
او حقيقة ومجازا على ما عرف في الاصول ولا بد
في ان يكون تعين المراد كونه من الاضداد اشارة
الى نفي قول من يقول انه مجاز في احدهما لانه لا يدعى المجاز

Copyright © King Saud University

من ملابسة وكونه من الاضداد بنفسهما وهذا ايضا مما عرف
في الاصول فلا بد من الحمل على احدهما والحمل على الحيض او
اولى لمعان احدهما الحمل بلفظ الجمع بعينه الحقيقي فانه
جمع قرء بالفتح ما لفظ وجمعه ان اقل الجمع ثلاثة
وذلك انما يتحقق عند الحمل على الحيض لا على الطهر
لان الطلاق يوقع في [illegible] ثم [illegible]
عن الاقرا عند من يقول بالاطهار فلو [illegible]
عد [illegible] وبعض الثالث [illegible] الثلاثة او
[illegible] ثلاثة [illegible] وضع [illegible]
[illegible] وهو لا يحتمل [illegible]
[illegible] الا [illegible]
[illegible] بالحيض فانه
يكمل [illegible] الحيض معرف لبراءة الرحم لانه
[illegible] الحمل [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible] الحيض [illegible]
[illegible]
[illegible] لا يحيض [illegible]
او [illegible] اشهر لقوله تعالى واللائي
يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن
ثلاثة اشهر وكذا التي بلغت بالسن اي
خمسة عشر سنة [illegible] وهو قوله تعالى واللائي
لم يحضن عطف اللائي لم يحضن على اللائي يئسن وجعل

لهما

لهما خبرا واحدا وفي هذا دلالة ظاهرة على ان
الاصل في العدة الحيض فالاشهر وبذلك عينا و
حيث جعل الاشهر عدة بشرط عدم الحيض كما
في قوله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا وان كانت
حاملا فعدتها ان يضع حملها لقوله تعالى واولات
الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن وقوله
فان كانت امة طاهر وقوله وعدة الحرة
في الوفاة اربعة اشهر وعشر لقوله تعالى والذين
يتوفون منكم ويذرون ازواجا يتربصن بانفسهن
اربعة اشهر وعشرا نسخ قوله تعالى وصية لازواجهم
متاعا الى الحول غير اخراج واستدل عليه بما روي
ان المتوفى عنها زوجها جاءت الى رسول الله صلى الله
عليه وسلم تستأذنه في الاكتحال فقال صلى الله
عليه وسلم كانت احديكن في الجاهلية اذا توفي
عنها زوجها قعدت في شر احلاسها في بيتها حولا ثم
خرجت فرميت كلبة ببعرة افلا اربعة اشهر وعشرا
فسقط الاستدلال لانه من يقول لها عدتان طولى
وهي الحول والقصرى وهي اربعة اشهر وعشرا
وان الاولى هي العدة الكاملة والثانية
رخصة وعدة الامة شهران وخمسة ايام لما
عرف غير مرة ان الرق منصف وان كانت حاملا
فعدتها ان يضع حملها لاطلاق قوله تعالى واولات
الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن وهو مذهب
عمر وابن مسعود وكان علي يقول تعتد بابعد
الاجلين اما بوضع الحمل واما باربعة اشهر وعشر لانهما

١٧٥
Copyright © King Saud University

كان ابعد ادن بقول الله تعالي واولات الاحمال اجلهن
ان يضعن حملهن الاية تقتضي الاعتداد بوضع الحمل
وقوله يتربصن بانفسهن يوجب الاعتداد
باربعة اشهر وعشر فيجمع بينهما احتياطا وقلنا
قال عبد الله بن مسعود من شا باهلته ان
سورة النسا القصري يعني سورة يا ايها النبي اذا
طلقتم النسا الي اخرها نزلت بعد التي في سورة
البقرة يريد ان قوله تعالي واولات الاحمال متاخر
عن قوله يتربصن بانفسهن فيكون ناسخا في حق
ذوات الاحمال وقال عمر لو وضعت وزوجها
علي سريره لانقضت عدتها وحل لها ان تتزوج
قال واذا ورثت المطلقة في المرض فعدتها
ابعد الاجلين عدة المطلقة بطلاق الفار اذا كان
باينا او ثلثا ابعد الاجلين اي تعتد باربعة
اشهر وعشر فيها ثلث حيض حتي لو اعتدت اربعة
اشهر وعشرا ولم تحض كانت في العدة مالم تحض
ثلاث حيض ولو حاضت ثلاث حيض قبل تمام اربعة
اشهر لا ينقضي عدتها حتي تتم المدة عند ابي حنيفة
ومحمد وقال ابو يوسف ثلث حيض واما اذا كان رجعيا
فعليها عدة الوفاة بالاجماع لابي يوسف ان النكاح
قد انقطع قبل الموت بالطلاق لان الكلام في الطلاق
البائن وهو قاطع النكاح بلا خلاف ومن انقطع نكاحها
بالطلاق لزمها ثلث حيض لان عدة الوفاة تجب
بعد زوال نكاحها بالوفاة وهذه ليست كذلك فاذا قيل
لو كان كذلك لما بقي في حق الارث اجاب بقوله

الآية

العجوة الابوي ان الخلوة كالدخول في حق تكميل المهر
ووجوب كمال العدة لا فيما يصح كونهما سواء ايضا
حتي لو طلقها بعد الخلوة كان الواقع باينا وشبهه
بالغاصب بشترى المغصوب وهو واضح وقوله
فوضح بهذا انه طلاق بعد الدخول بسبب لا تحقه
بدليل قوله قبله ما في ذلك المنفي عن الحقيقة و
المستحق وقوله زفر ما ذكره واضح وقوله
وجوابه ما قلنا اشارة الي قوله واكمال العدة الاولى
والي قوله ولهما انها مقبوضة في يده الي اخره واذا
طلق الذمي الذمية فلا عدة عليها وكذا اذا خرجت
الحربية الينا مراغمة علي نية ان لا تعود الي دار الحرب
ابدا يقال راغم فلان قومه اذا نابذهم وخرج عنهم
والاسلام ليس بشرط قال الامام التمرتاشي
اذا خرج احد الزوجين الينا مسلما او ذميا او مستامنا مما
ثم اسلم او صار ذميا والاخر علي حربه ثم فعند زالت
الزوجية ثم ان كانت المراة هي الخارجة فلا عدة
عليها واما قيد المص بقوله مسلمة بيانا للاحسن
حالا نها فان تزوجت جاز عند ابي ح وقالا عليها
وعلي الذمية العدة اما الذمية فالاختلاف فيها نظير
الاختلاف في نكاحهم محارمهم يعني كان نكاح المحارم
فيما بينهم صحيح عنده اذا كان معتقدهم ذلك حتي لو
لا يتعرض لهم كذلك الذمية المطلقة لا عدة عليها من
الكافر اذا كان معتقدهم ذلك وقد بيناه في كتاب النكاح
يعني في باب نكاح اهل الشرك واما المهاجرة فوجه
قولهما ان الفرقة وقعت بينهما بسبب اخر كالطلاق

١٧٦

Copyright © King Saud University

حـ

بخلاف ما اذا ها
وجبت العدة فكذا بسبب التباين بخلاف ما اذا ها
وتركهما في دار الحرب لعدم بلوغ احكام الشرع اياها وله
قوله تعالى ولا جناح عليكم ان تنكحوهن نفي الجناح
في نكاح المهاجرات مطلقا فتقييده بما بعد انقضاء
العدة زيادة على النص وقوله ولانه العدة
حيث وجبت دليل معقول وتقريره العدة حيث
وجبت كان فيها لانه حق العبد لانها تجب صيانة
لما محترم ولهذا لا تجب قبل الدخول ولا حق للحربي لانه
ملحق بالجماد حتى كان محلا للتملك وقوله
الا ان يكون حاملا يجوز ان تكون استثناء من قوله
والحربي ملحق بالجماد معنى لان معناه والحربي لا
له الا ان يكون امراته حاملا لان وجها مولانها
واذا كانت حاملا جاز له ذلك وهذا لان الولد اذا
كان ثابت النسب كان الفراش قائما فنكاحها يستلزم
الجمع بين الفراشين ولا كذلك اذا لم يكن ولقائل ان يقول
قوله تعالى ولا جناح عليكم ان تنكحوا مطلق لا يفصل
بين الحامل والحائل فتقييده بالحائل زيادة على
النص فلا يجوز كما قلتم بالنسبة الى العدة والجواب
ان قوله صلى الله عليه وسلم من كان يؤمن بالله
اليوم الاخر فلا يسقين ماءه زرع غيره مشهور
تلقته الامة بالقبول فيجوز به الزيادة بخلاف
العدة فانه ليس فيها مثله وروي الحسن عن ابي
حنيفة انها تزوجت صح نكاحها ولا يطاوها كالحبلى
من الزنا والاول وهو ان لا يجوز نكاح المهاجرة
الحامل اصح لثبوت نسب الولد بخلاف الحبلى من الزنا

لانسب

١٧٧

لانسب له **فصل** لما ذكر نفس وجوب
العدة وكيفية الوجوب شرع [illegible] على من تجب وعلى
من لا تجب [illegible] ما يجب ان يفعله وما
لا يجب [illegible] طلاق المراة [illegible] والمبتوتة المراة
[illegible] المبتوتة طلاقها والمراد بالمبتوتة من انقطع
عنها حق الرجعة وهي تنقسم على ثلاث وهي المختلعة
والمطلقة ثلثا والمطلقة تطليقة بائنة وعلى المتوفى
المتوفى عنها زوجها اذا كانت بالغة [illegible]
وهي ترك [illegible] وخضابها [illegible] وقاء [illegible]
[illegible] يقال احدت [illegible]
محدة [illegible] نفسها [illegible]
عنها زوجها [illegible]
تؤمن بالله واليوم الاخر [illegible]
ثلاثة ايام [illegible]
وجه [illegible]
[illegible]
التحريم [illegible]
فيه [illegible]
[illegible]
[illegible]
الثالث [illegible]
على ميت فوق ثلاثة ايام الا المتوفى عنها زوجها فانها
تحد اربعة اشهر وعشرا [illegible]
على زوجها [illegible]
[illegible] في الصحيح قال [illegible]

Copyright © King Saud University

الاحداد هو اظهار التاسف على فوت النعم وذلك مذموم
قال الله تعالى لكيلا تاسوا على ما فاتكم ولا تفرحوا
بما اتاكم فكيف صار واجبا بالخبر معارضا للكتاب اجيب
بان المراد بما في الكتاب فرح خاص واسى خاص
وهو الفرح والاسى مع الصياح هكذا روي عن ابن
مسعود واما وجوب الاحداد على المبتوتة فمذهبنا
وقال الشافعي لا احداد عليها لانه وجب
اظهارا للتاسف على فوت زوج وفى بعهدها الى
مماته وهذا قد اوحشها بالابانة فلا تاسف على
فوته قلنا ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم
نهى المعتدة ان تختضب بالحنا وقال الحنا
طيب رواه ام سلمة ولم يفصل بين معتدة
الوفاة وغيرها وفي معناه ما روى الطحاوي
في شرح الاثار باسناده الى حماد عن ابراهيم
النخعي قال المطلقة والمختلعة والمتوفى عنها زوجها
والملاعنة لا يختضبن ولا يتطيبن ولا يلبسن ثوبا معصفرا
ولا يخرجن من بيوتهن وابراهيم ادرك عهد الصحابة
وامثاله في [illegible] فيجوز تقليده وقوله
ولانه وجب دليل معقول ويجوز ان يكون بيانا
لالحاق المبتوتة بالمتوفى عنها زوجها بطريق
الدلالة وتقريره ان النص ورد في وجوب الاحداد
على المتوفى عنها زوجها بلا خلاف ومناط حكمه
اظهار التاسف على فوت نعمة النكاح الذي هو
سبب صونها وكفاية مونتها والابانة اقطع لها
من الموت حتى كان لها ان تغسله ميتا قبل الابانة

لابعد

التاسع عشر [illegible]

١٧٨

لا بعدها لكان الحاق المبتوتة بالمتوفى عنها زوجها بلا خلاف
ومناط حكمه الاظهار كالحاق ضرب الوالدين بالتافيف فان
قيل ان لم يصح الحاق المطلقة لم يتم من المختلعة لانها افتدت
نفسها برضاها لطلب الخلاص منه فكيف يتاسف فالجواب
ان الاحكام انما تعتبر بالموضوعات الاصلية ووفاة
نعم النكاح انما توجب التاسف بوضعه فلا معتبر بعروض
عوارض [illegible] كالقصاص القتل والدين لا يبالي [illegible] الحداد
لما قلتم لوجب على الازواج ايضا لان نعمة النكاح
مشتركة بينهما لانا نقول النص لم يرد الا في الزوجات
والازواج ليسوا في معناهن لكونهن ادنى منهم في نعمة
النكاح لما فيه من صيانتهن [illegible] على [illegible] ودرور
النفقة عليهن لكونهن عاجزات عن التكسب عواجز
عن التقلب ولا كذلك الازواج وقوله [illegible] والحداد
ويقال الاحداد تعريف للحداد وكان موضعه اول الكلام
[illegible] بالجامع الصغير [illegible] لفظ [illegible]
وفي [illegible] الى ان [illegible] هو التداوي لا الزينة
وقوله [illegible] والمعنى فيه اي في ايجاب ترك
الطيب ونحوه والزينة وجهان احدهما ما ذكرناه
من اظهار التاسف والثاني ان هذه دواعي الرغبة
فيهما لان المراة اذا كانت [illegible] رغبة
[illegible] النكاح ما دامت في عدة
الوفاة او الطلاق [illegible] وسيلة
الى الوقوع في المحرم وهو النكاح [illegible] ان النبي صلى الله عليه
وسلم لم ياذن للمعتدة في الاكتحال روي عن ام سلمة ان
[illegible] امراة اتت رسول الله صلى الله عليه وسلم

Copyright © King Saud University

وقالت ان ابنتي توفي [illegible] وقد اشتكت عينها افنكحلها
فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا مرتين او ثلاثا
وقوله [illegible] فالمراد الدواء يعني ينبغي ان يكون
مرادها بالاستعمال الدواء لا الزينة وقوله
[illegible] فيها اشارة الى قوله صلى الله عليه وسلم الحناء طيب
قال ولا احداد على كافرة هذا بيان من لا يجب عليها
الحداد وهن خمس الكافرة والصغيرة وام الولد والمعتدة
عن نكاح فاسد والمطلقة الرجعية ولم يذكرها في
هذا الموضع لكونها معلومة مما تقدم اما الكافرة فهي
الكتابية فلانها غير مخاطبة بحقوق الشرع والحداد
من حقه [illegible] الى ذلك قوله صلى الله عليه وسلم
لا يحل لامراة تؤمن بالله واليوم الآخر واما الصغيرة
[illegible] الخطاب [illegible] مرفوع عنها وذكر الامام [illegible]
في [illegible] اهاو [illegible] استظهار [illegible] ظاهر واما ام الولد و
والمعتدة عن نكاح فاسد فلان الخطاب مرفوع
عنهما وذكر الامام [illegible] او احد منهما فانهما نعمة
النكاح [illegible] الا [illegible] الى [illegible] الزينة
لاسيما في الشباب [illegible] قال تعالى قل من حرم زينة الله
التي اخرج لعباده فان قيل قد ذكر المصنف ان وجوب
الحداد لاظهار التاسف [illegible] الاشياء دواعي الى
الرغبة [illegible] ام الولد [illegible]
[illegible] فاسد [illegible] عن
[illegible] فكان ينبغي ان يجب الحداد
عليهما [illegible] الثاني اجيب بان الوجه الثاني [illegible]
وليس [illegible] لما ذكرنا من دواعي وجوب الحداد عليهما

نوات

١٧٩

هم لغير زوجهن ما فطنوا لا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم
اجيب بانه وجب ان لا ينكشف [illegible] بقوله
تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا
غيره والمطلقة الثالثة في الامة بمنزلة الثالثة
في الحرمة والمحرم اقوى ومن قال لامته ان كان في بطنك
ولد فهو مني فشهدت امراة على الولادة فهي
ام ولده لان سبب ثبوت النسب وهي الدعوة
قد وجد من المولى بقوله مني وانما الحاجة الى
تعيين الولد وهو يثبت بشهادة القابلة بالاجماع
هذا اذا ولدت لاقل من ستة اشهر من يوم
الاقرار فان ولدت لستة اشهر فصاعدا لا يلزم
لاحتمال انها حبلت بعد مقالة المولى فلم يكن الولد
متحققا هذا الولد بخلاف الاول فانا تيقنا بقيام
الولد في البطن وقت القول [illegible] وقوله
ومن قال لغلام هو ابني [illegible] فانه ينبغي
ان [illegible] لها الميراث في الاستحقاق [illegible] لان
النكاح يثبت [illegible] بعد [illegible]
[illegible] النسب دون استحقاقها الارث واجيب
بان النكاح على ما هو الاصل ليس بمتنوع الى نكاح
هو سبب لاستحقاق الارث ونكاح ليس بسبب
له [illegible] بسبب ما هو من
لوازمه [illegible] على ما هو
الاصل [illegible] نكاح الكتابية والامة [illegible]
ورد بانا لا نسلم ثبوت النكاح بالاقتضاء لان المقتضي
انما يثبت لتصحيح المقتضي لا محالة والمقتضي ههنا

ثابت

Copyright © King Saud University

وهو النسب يصح بلا ثبوت المنفي وهو النكاح بان
يكون عن وطي بشبهة او يكون الولد ولد ام الولد
فلم ينتف ثبوت النسب الى النكاح لا محالة وهذا
سؤال فاسد نشا من عدم فهم وجه الاستحسان
فانه قال فيه المسئلة فيما اذا كانت معروفة
بالحرية فلا يمكن ان تكون ام ولد وكان النكاح
الصحيح هو المتعين لذلك وضعا وعادة وحمله على ان يكون
عن وطي بشبهة وهو ظاهر **باب**
الولد من احق به مناسبة هذا الباب لباب ثبوت
النسب ظاهر لا يحتاج الى بيان واذا وقعت
الفرقة بين الزوجين فالام احق بالولد لما
روى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان
امراة جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت
ان ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثديي
له سقاء وزعم ابوه انه ينزعه مني فقال رسول الله
صلى الله عليه وسلم انت احق به ما لم تتزوجي ولان
الام اشفق عليه لزيادة ابقائه بها من حيث نفع
بينهما بالحقيقة واقدر على الحضانة بلزوم البيت فكان
في التفويض اليها زيادة مرحمة لمن هو محتاج اليها
واليه اشار ابو بكر الصديق ان عمر خاصم ام عاصم بين
يدي ابي بكر لينزع العاصم منها فقال له ابو بكر ريقها
خير له من شهد وعسل عندك يا عمر قاله والصحابة
حاضرون متوافرون ولم ينكر احد والنفقة على
الاب على ما سيجي وقوله ولا تجبر الام
عليه اي على اخذ الولد اذا ابت او لم يطلبه لما ذكرنا

الان

الولايت نسوا كانت مدخولا بها او يكون ... في باب
بمعنى مع كما في قوله تعالى فادخلي في عبادي عنده
بعض اهل التاويل وهذا لان احد العددين من
لا يصلح ظرفا للاخر وبين الظرف والمظروف معنى الصحبة
فاستعير له ولو نوى الظرف يقع واحدة لان الطلاق
معنى فهو لا يصلح ان يكون ظرفا للعدد فيلغو اذ لا يراد
ولو قال ثنتين في اثنتين ونوى الظرف والحساب
والضرب تضعيف احد العددين بعدد ما في العدد
الاخر كالاربعة في الخمسة يصير عشرين لان العشرين
تضعيف الاربعة خمس مرات او تضعيف الخمسة اربع
مرات فهي ثنتان وعند زفر ثلاث لان وضعه
ان يكون اربعا في عرف الحساب لكن لا مزيد للطلاق
على الثلاث وعندنا الاعتبار المذكور الاول على
ما بيناه يعني في قوله انه يعمل الضرب في تكثير
الاجزاء لا في زيادة المضروب ولو قال انت طالق
من هنا الى الشام فهي واحدة يملك الرجعة
وقال زفر هي بائنة لانه وصف الطلاق به
بالطول والطول يستعمل في القوة وقوة الشيء انما
تظهر بامتناعه عن قبول الابطال وذلك في
البائن دون الرجعي **فان قيل** اذا صرح بذكر
الطول فقال انت طالق تطليقة طويلة وقع رجعيا
عندنا فكيف يصح تعليله بالطول **اجيب** بانه
اذا قال الى الشام كنى عن الطول والكناية اقوى من
الصريح لكونها دعوى الشيء ببينة وموضعه علم البيان
واقول هذه خطابية لا تكاد تنفعهم في مقام الاستدلال

Copyright © King Saud University

[illegible] يجوز ان [illegible] في هذه المسألة روايتان [illegible]
اقول [illegible] قلنا لا بل [illegible] وقع [illegible]
الا ما كان [illegible] بذكر [illegible]
الي ما ورد ولو قال انت طالق [illegible]
في كل [illegible] طالق [illegible]
لا [illegible]
به ظاهر [illegible]
[illegible]
يكون [illegible]
بين الشرط والظرف لان الظرف [illegible]
الشرط [illegible]
يجامع المطر [illegible] فصل
في اضافة الطلاق الي [illegible]
[illegible] اضافة الطلاق [illegible]
الطلاق [illegible]
[illegible]
ما ذكره في الكتاب [illegible]
في العموم [illegible]
كلامه [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
من الاول والوسط والاخر [illegible]
افراده [illegible]
ولا تخصيص [illegible]

فان

بطريق العبارة مجازا ونقول هذا الحكم اذا ثبت عن
زفر ولم ينقل بالاقتضا كان مناقضا فلا يمكننا مونة
الجدال معه ولئن كان الملك يصير مذكورا ضرورة
صحة الشري وتقريره سلمنا انه ذكر الملك ولكن
بطريق الاقتضا ضرورة صحة الشري لكونه شرطا و
ما يثبت بالضرورة يتقدر بقدرها ولا يظهر
في حق صحة الجزا وهو الحرية لانها ليست من لوازم
الملك الثابت اقتضا وقوله وفي مسألة الطلاق
جواب عن قوله كما اذا قال لاجنبية وتقريره ما ذكره
من المسألة المذكورة فالامر فيه كذلك لانه يثبت
فيها ملك النكاح ضرورة صحة الشرط الذي هو الطلاق
ولا يتعدي الي صحة الجزاء حتي لو قال لها ان طلقتك
فانت طالق ثلثا فتزوجها وطلقها لا يطلق ثلاثا فهذه
وزان مسألتنا من حيث ان في كل منهما يثبت
بشرط الشرط لصحة الشرط ولا يتعدي الي صحة
الجزا واما وزان مسألة زفر فهو ان يقول ان
تسريت جارية فهي حرة فاشتري جارية و
فتسري بها عتقت العبد لقيام الملك في الحال في العبد
فيصح تعليق عتقه بشرط سيوجد ومن قال كل
مملوك لي حر عتق امهات اولاده ومدبروه وعبيده
لوجود الاضافة المطلقة في هؤلاء يعني ان كل واحد
من هؤلاء في الاضافة اليه نفسه بقوله لي كامل اذ
الملك ثابت فيهم رقبة ويدا وكان كذلك دخلوا
تحت كلمة كل فيعتقون وان قال اردت الرجال خاصة
صدق ديانة اما قضاء فلان لفظ المملوك

ومع المذكر واما عدم تقديمه قصدا فلانهم عند الاختلاط
يستعملون فيهم لفظ المذكر تغليبا ولو نوى الاناث خاصة دينه
ولو قال لم انو المدبرين لم يصدق في القضاء على رواية
كتاب العتاق ولم يصدق لا قضاء ولا ديانة على
رواية كتاب الايمان ففيه روايتان ولا يعتق
مكاتبوه الا ان ينويهم لان الملك غير ثابت يدا ولهذا
لا يملك اكسابه ولا يحل له وطء المكاتبة فكان الملك
مملوكا من وجه دون وجه بخلاف ام الولد والمدبرة
في الكتاب ظاهر وقوله الا ما اختلت الاضافة فلا بد
من النية وقوله ومن قال لنسوة له هذه
طالق او هذه وهذه على ما ذكره في الكتاب ظاهر
وقوله فيختص بمحله اي بمحل الحكم وهو
المطلقة لان الكلام سيق لايقاع الطلاق واعترض
بان العطف كما يصح على من وقع عليه الحكم يصح على
من لم يقع عليه الحكم والاصل عدم الحكم فيعطف على من
لم يقع عليه الحكم كما في قوله والله لا اكلم فلانا او فلانا
وفلانا فانه ان كلم الاول حنث وان كلم احد الاخرين
لا يحنث حتى يكلمهما ويكون الثالث معطوفا على
الثاني الذي لم يقع عليه الحكم منفردا وهذا لان الجمع
بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع فصار كانه قال هذه طالق
او هاتان فكان هو مخيرا في الطلاق والعتاق وان شا
اوقع على الاول وان شا اوقع على الاخرين واجيب
بان هذا الذي ذكرته هو رواية ابن سماعة عن محمد
فاما الذي ذكره في الكتاب فهو ظاهر الرواية والفرق
بين جواب ظاهر الرواية في الطلاق والعتاق وبين

قوله

١٢٨

فان قيل لا نسلم انها زالت لان الا الي من يخلفه فان يد
الكفرة قد خلفت يد المولى لان دار الحرب في ايديهم اجيب
بان بين الدارين حدا لا يكون في يد احد وعندنا لكن
بظهور يد العبد على نفسه ولان يد الدار يد حكمية
ويد العبد يد حقيقية فلا يندفع بيد الدار الا بعد
اسنا ... الاسلام وفيه نظر لان حصول اليد الحقيقية
للعبد في حيز النزاع والجواب ان اليد كما ذكرنا
عبارة على التصرف في المحل كيف شاء وحين وصول
العبد في دار الحرب لم يحصل له ذلك قبل استيلاء الكفرة
عليه فان قيل لو حصل له يد حقيقية لعتق
وليس كذلك اجيب بمنع الملازمة لان ظهور
يده على نفسه لا يستلزم زوال ملك المولى فانه لما
ظهرت يده على نفسه صار غاصبا ملك المولى وجاز
ان يوجد اليد بلا ملك كما في المغصوب والمشتري
قبل القبض فان الملك للمولى واليد لغيره وقوله
بخلاف المتردد يعني في دار الاسلام لان يد المولى
باقية عليه حكما لقيام يد اهل الدار فمنع ظهور يده
ولهذا لو وهبه لابنه الصغير كان قابضا له فبقا اليد
حكما يمنع ثبوت اليد له فان استولى عليه المشركون
ملكوه واذا لم يثبت الملك لهم عند ابي حنيفة ياخذ
المالك القديم بغير شي اذا كان موهوبا او مشتري
اما اذا كان موهوبا فظاهر لانه اخذه بغير عوض
فلا يتضرر بالاخذ منه واما المشتري فلان المشتري
قد ملكه بغير امره فكان متبرعا حتى لو امر بذلك
رجع عليه المشتري بالثمن وان كان مضمونا فكذلك

Copyright © King Saud University

اذا كان قبل القسمة واما اذا كان بعدها فيودي عوضه
من بيت المال لان بعينه قد استحق فله ان يرجع
علي شي مما في الغنيمة وقد تعذر ذلك لتفرقهم
وتعذر اجتماعهم فيعوض من بيت المال لان هذه
من نوايب المسلمين ومال بيت المال معد لذلك
قوله وليس له اي للغازي او للتاجر
جعل الابق لانه عامل لنفسه اذ في زعمه انه ملكه
والجعل انما يجب اذا اخذه الاخذ علي قصد الرد الي مالكه
وقوله وان ند اليهم بعير ظاهر وكذلك قوله
فان ابق عبد لهم وذهب معه بفرس ومتاع اعترض
بان علي قول ابي حنيفة ينبغي ان ياخذ المالك
المتاع ايضا بغير شي لانه لما ظهرت يد العبد علي نفسه
ظهرت علي المال ايضا لانقطاع يد المولي عن المال لانه
في دار الحرب ويد العبد اسبق من يد الكافر عليه
فلا يصير ملكا لهم واجيب بان يد العبد ظهرت
علي نفسه مع المنافي وهو الرق فكانت ظاهرة من
وجه فجعلناها ظاهرة من وجه دون وجه فجعلناها ظاهرة في حق نفسه غير ظاهرة في حق
المال واذا دخل الحربي دارنا بامان واشتري
عبدا مسلما او ذميا او اسلم احد ممن كان معه
من العبيد اجبر علي بيعه ملك المسلمين كالذمي
سلم عبده فان قيل الذمي ملتزم احكام الاسلام
فجاز اجباره علي بيع عبده الذي اسلم والحربي
ليس كذلك اجيب بان الامان ملتزم احكامنا
في ملكه لان فيه الفساد للمسلم واعطاء الامان

علي

٦٢

يسقط بالاصطلام محمول علي ما اذا لم يبق من السنة
مقدار ما يمكن ان يزرع الارض ثانيا اما اذا بقي
فلا يسقط الخراج كان ثابتا وهو الذي عرفته من
قبل هذا اذا كانت الارض صالحة للزراعة والمالك
متمكن من الزراعة وعطلها اما اذا عجز المالك
عن الزراعة باعتبار عدم قوته واسبابه فللامام
ان يدفعها الي غيره مزارعة وياخذ الخراج من
نصيب المالك ان يمسك الباقي له وان شاء اجرها
واخذ ذلك من الاجرة وان شاء زرعها بنفقة
من بيت المال فان لم يتمكن ولم يجد من يقبل ذلك
باعها واخذ الخراج من ثمنها وهذا بلا خلاف وان
كان فيه نوع حجر وهو ضرر ولكنه الحاق ضرر بواحد
للعامة وقوله قالوا يعني المشايخ ومن
انتقل الي احسن الامرين من غير عذر بان
كانت الارض صالحة لزراعة للاعلي وهو الزعفران
مثلا فزرع الشعير وجب الزعفران لانه هو
هو الذي ضيع الزيادة وهذا يعرف ولا يفتي به
كيلا يتجري الظلمة علي اخذ اموال الناس ورد بانه
كيف يجوز الكتمان والاثم لواحد وان كانت فيه منفعة
لكونه واجبا اجيب بانا لو افتينا بذلك لادعي
كل ظالم في ارض ليس شانها ذلك انها قبل هذا كانت
تزرع الزعفران فياخذ خراج ذلك وهو ظلم وعدوان
وقوله ومن اسلم من اهل الخراج ظاهر وقوله
من غير كراهة احترازا عما يقوله المتقشفة انه مكروه
لان النبي صلي الله عليه وسلم راي شيئا من الات

الحراثة فقال ما دخل هذا بيت قوم الا ذلوا فظنوا ان
المراد الذل بالتزام الخراج وليس كذلك بل المراد
ان المسلمين اذا اشتغلوا بالزراعة واتبعوا اذناب
البقر وقعدوا عن الجهاد كر عليهم عدوهم فجعلوهم
اذلة ولان الصغار ان كان قائما يكون في الوضع
ابتدا واما بقا فلا بخلاف خراج الرؤس فانه ذل وصغار
ابتدا وبقا فلذلك لا يبقى بعد الاسلام وقوله
وجبا في محلين بسببين مختلفين يعني والمصرفين
مختلفين اما اختلاف المحل فلان الخراج في ذمة المالك
والعشر في الخارج واما اختلاف السبب فلان
سبب الخراج الارض النامية تقديرا وسبب
العشر الارض النامية تحقيقا واما اختلاف المصرف
فان مصرف الخراج المقاتلة ومصرف العشر الفقرا
فلا يتنافيان لان التنافي انما يتحقق باتحاد المحل
ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا يجتمع عشر وخراج
في ارض مسلم رواه ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم
عن علقمة عن النبي صلى الله عليه وسلم لا يجتمع عشر
وخراج في ارض مسلم رواه ابو حنيفة عن حماد عن
ابراهيم عن علقمة عن النبي صلى الله عليه وسلم
وقوله والوصفان لا يجتمعان لان الطوع
ضد الكره الحاصل من القهر واذا لم يجتمع السببان لم
يثبت الحكمان وقوله وكذا ايضا قال
اي لا ارض يقال عشر الارض وخراج الارض وقوله
وعلى هذا الخلاف الزكاة مع احدهما اي العشر والخراج
صورته رجل اشترى ارض عشر او خراج للتجارة

لم

١٨٤

عليه لانه مقبوض لنفسه على وجه التملك وثبوت
الدين على المديون مثله اي مثل ما في ذمته فيلتقيا
قصاصا وقد تحققت بمجرد البيع لان ثمن العبد احد
الدينين فيكون قصاصا عن الاول وانما كان طريق
قضا الدين المقاصة لان قضا الدين حقيقة لا يتصور
قضا يصادف لعين حق صاحب الدين في وصف هو
في الذمة ولهذا قالوا الديون تقضى بامثالها وقوله
فلانه شرط القبض كانه اشارة الى الجواب عما
يقال لو تحققت المقاصة بمجرد البيع لما قال محمد في
الجامع الصغير ويقبضه ووجهه ان اشتراط القبض
ليكون هذا الدين مثل الدين الذي للمشتري عليه
لان ماله من الدين عليه مضمون وثمن العبد غير
مضمون قبل القبض لانه على شرف السقوط بموته
فاذا قبضه صار مضمونا فيكون مثله فيتقاصان
وان وهبها الدائن له اي وهب الدائن دينه للمديون
لم يبر الحالف لعدم المقاصة لان المحلوف عليه فعله
وهو القضا والهبة ليست فعله لانها اسقاط من
صاحب الدين وانما قال لم يبر لانه اعم من الحنث فكانه
اشار بذلك الى انه لم يبر ولم يحنث عند ابي حنيفة
ومحمد لفوات المحلوف عليه وهو الدين وفوات المحلوف
عليه عندهما حجة في بطلان اليمين كما في مسئلة
الكوز على ما تقدم قال بعض الشارحين ولنا م
فيه نظر لانه ح يلزم ارتفاع النقيضين وهو فاسد
بمره لان البر نقيض الحنث فمع وجود احدهما
يلزم ارتفاع الاخر ومن ارتفاع احدهما يلزم وجود الاخر

Copyright © King Saud University

فلا يجوز ان يرتفعا جميعا او قوله ليسا بنقيضين
على اصطلاح اهل المعقول وعند الحالف لا يتصف
باحدهما وشان النقيضين ليس كذلك فاذا انطل
اليمين بفوات تصور البر صار كغير الحالف من الناس
فيجوز ان لا يتصف بواحد منهما واذا انتقاض دينه
فقال اقبضها منها تحلف لا نقبض دينه درهما دون
درهم فقبض بعضه لم يحنث حتى يقبض الجميع
متفرقا لان شرط الحنث امر مركب من قبض الكل
بوصف التفرق لانه اضاف القبض الى دين معرف مضاف
اليه وهو اسم لكل ما له عليه فينصرف الى الكل والمركب
ينتفي بانتفاء جزوه فاذا وجد احدهما دون الاخر
لم يحنث وهمنا ان فات عدم التفرق لم يوجد قبض
الجميع وقوله فان قبض دينه في وزنين
ظاهر ومن تقاضى من غريمه ما ثبت فقال لا املك
ذلك المقدار قايم يصدقه فقال ان كان لي الا مائة
درهم فامراته طالق ولم يملك الا خمسين درهما لم يحنث
لما ذكره في الكتاب وقوله ولان استثنا
المايه استثنا وها بجميع اجزايها يعني فكان استثنا
الخمسين داخلا تحت استثنا المايه لان الخمسين
من اجزا المائة فلذلك لا يحنث مسايل متفرقة
اي هذه المسايل التي اذكرها مسايل متفرقة ومن
داب المصنفين ذكر ما شذ من الابواب في اخر الكتاب
واذا حلف لا يفعل كذا تركه ابدا اليمين على فعل الشي
او تركه لا يخلو اما ان يكون موقتة توقت كيوم
وشهر او مطلقة فان كان الثاني وهو المذكور في

الكتاب

انطلقتك منه او نوى الثنتين ولو نوى [illegible]
ولو نوى بقوله انت طالق واحدة وبقوله ثنتين الطلاق
اخرى [illegible] تطليقتان [illegible] في قوله اصبت
الطلاق او بعقرها او اشده او اكبره ولسوء لان الطلاق
انما يوصف [illegible] الوصف [illegible] بامره وهي البينونة
والمقابلة لا باعتباره اذا تكون عند محسوس وما هو
غير محسوس فلما يعرف باثره فيصلح [illegible] قال انت
[illegible] افحش [illegible] وحقيقتها الخمل
[illegible] الفحش والفاحش هو البين
والفحش [illegible] اشد [illegible] به
[illegible] باب احمل وقد تكون لاثبات
اصل الوصف [illegible]
[illegible] وهو مشهور [illegible]
[illegible]
[illegible] على تقرير
[illegible]
[illegible] ابي حنيفة وابي
يوسف [illegible] بالفعل [illegible] واحدة
[illegible] ان كان مع [illegible]
[illegible]
بالا [illegible]
عند [illegible]
[illegible]
فصل
في الطلاق قبل الدخول [illegible]
من الطلاق [illegible] من الاصل وله

احكام خمسة ... ذكره في فصل على حدة بعد ذكر ما هو الاصل
اذا قال لغير الممسوسة انت طالق ثلاثا وقعن وقال
الحسن البصري يقع واحدة بقوله انت طالق وتبين
بها لا الى عدة وقوله ثلاثا يصادفها وهي اجنبية ولا
يقع به شيء كما لو قال انت طالق طالق طالق ولنا ما ذكر
في الكتاب وهو ان الواقع مصدر محذوف لان معناه
طلاقا ثلاثا على ما بينا يعني قبل هذا ان الوصف متى قرن
بالعدد كان الوقوع بذكر العدد الى اخره وانما يقدر المصدر
محذوفا لان الوصف نعت المراة وهي غير متعددة
فلا يدل نعتها على شيء يحتمل العدد والمصدر اولى
بذلك لدلالة الوصف عليه واذا كان الواقع مصدرا
محذوفا لم يكن قوله انت طالق ايقاعا على حدة
والا لزم ايقاع الطلاق وهو غير مشروع في جملة
فصار الكل كلاما واحدا ولو قال انت طالق طالق
لكونها جملا فيكون كل واحد ايقاعا على حدة وتبين
بالاولى ولا تقع الثانية اذا لم يذكر في اخر كلامه ما
يغير صدره حتى يتوقف عليه لان الثانية صادفتها
وهي مبانة كما لو قال انت طالق واحدة وواحدة
ولو قال انت طالق واحدة فماتت قبل قوله واحدة
بطل لانه قرن الوصف بالعدد فكان الواقع هو العدد
فاذا ماتت قبل ذكر العدد فات المحل قبل الايقاع فبطل
وكذا لو قال انت طالق ثنتين او ثلاثا لما بينا انه لو
الوصف بالعدد فكان الواقع هو العدد ...
وهذه المسائل الثلاث وهي قوله ثلاثا ... واقعة
ما قبلها وهي قوله فاذا طلق الرجل امراته ثلاثا

قبل

العاشر
الجزء الثاني

١٨٦

قبل الدخول بها وقعن من حيث الدليل وهو ان الواقع
فيهما جميعا ذكر العدد لا ذكر الوصف وحده الا ان الحكم
اختلف لما ان ذكر العدد الذي هو الواقع في هذه المسائل
الثلاث صادف المراة وهي ميتة فلم يقع الطلاق اصلا
وهناك لما لم يقع الطلاق بذكر الوصف نفسه بل بالعدد
وصادفها العدد وهي منكوحة حية وقع الثلاث لكون
الواقع هو العدد فكان الاعتبار في الصورتين للعدد
لا للوصف وقوله ... ولو قال انت طالق واحدة
قبل واحدة اعلم ان كلمة قبل للتقديم وكلمة بعد للتاخير
فاذا قال انت طالق واحدة قبل واحدة او بعدها
واحدة وقعت واحدة واذا قال انت طالق واحدة
قبلها واحدة او بعد واحدة وقعت ثنتان وذلك
مبني على اصلين ذكرهما المصنف في الكتاب احدهما ان
الظرف اذا قيد بالكناية كان صفة لما بعده واذا لم يقيد
كان صفة لما قبله والثاني ان الايقاع في الماضي ايقاع
في الحال لان الاستناد ليس في وسعه فاذا قال لغير
المدخول بها انت طالق واحدة قبل واحدة كان الظرف
صفة للثانية فاقتضى ايقاعها في الماضي وايقاع الاولى
في الحال والايقاع في الماضي ايقاع في الحال فيقترنان
في الوقوع والبعدية وفي قوله بعد واحدة صفة
لما قبله فيقتضي ايقاع الاولى وايقاع الثانية قبلها
فيقترنان لما مر وفي قوله بعدها واحدة صفة للثانية
فتبين بالاولى فتلغو الثانية لفوات المحلية ولو
قال انت طالق واحدة مع واحدة او معها واحدة
وقعت ثنتان لان كلمة مع للقران فتتوقف الاولى على الثانية

Copyright © King Saud University

جميعا المراده فوقعا معا وعن ابي يوسف في قوله انت
اي يقع واحدة لان الكناية تستدعي سبق المكني
عنه وجودا وذلك في الطلاق بالوقوع وقوله
في المدخول بها يقع ثنتان في الوجوه كلها اي فيما
ذكر قبل وبعد بالكناية وغيرها لقيام المحلية بعد وقوع
الاولى قال ولو قال لها ان دخلت الدار اذا علق به
الشرط عددا من الطلاق وعطف بعضه على بعض
بالواو فاما ان قدم الشرط او اخره فان كان الثاني
كما اذا قال انت طالق واحدة وواحدة ان دخلت
الدار فدخلت وقع الجميع بالاتفاق وان كان الاول
كما اذا قال ان دخلت الدار فانت طالق واحدة
وواحدة فكذلك عندهما وقال ابو حنيفة يقع
واحدة لهما ان الواو للجمع المطلق وقد دخلت بين الاجزية
فتجمع بينها فتتعلق جميعا وتنزل جملة كما لو قال
ان دخلت الدار فانت طالق ثلثا لان الجمع بالواو والجمع
كالجمع بلفظ الجمع وكما لو اخر الشرط وله ان تاخيره لا يغير
موجب الكلام وكان الجمع المطلق يحتمل القران والترتيب
لان تحقيقه في الخارج لا يمكن الا باحد الوجهين ثم
وعلى اعتبار الاول يقع الجملة وعلى اعتبار الثاني
لا يقع الا واحدة كما اذا نجز بهذه اللفظ بان قال انت
طالق واحدة فانه لا يقع الا واحدة بالاتفاق فكان
في الزائد على الواحدة شك فلا يقع بخلاف ما اذا اخر
الشرط لانه مغير صدر الكلام عن التنجيز الى التعليق وكل
ما كان كذلك توقف فيه صدر الكلام عليه فيقع
جملة ولا مغير فيما اذا قدم الشرط فلم يتوقف فوقع على

الترتيب

الترتيب قوله ولو عطف بحرف الفاء فهو على
هذا الخلاف فيما ذكره الكرخي فانه جعل العطف بالواو
والفاء سواء وقال ان حرف العطف يجعلهما كلاما واحدا
فيتعلقا كما في صورة الواو سواء قدم الشرط او اخره وعند
هذا خلافه وذكر الفقيه ابو الليث انه يقع واحدة
بالاتفاق لان الفاء للتعقيب وهو الاصح قال
واما الضرب الثاني وهو الكنايات لما فرغ من الضرب
الاول وهو الصريح شرع في بيان الضرب الثاني
وهو الكنايات الكناية ما استتر المراد به وحكمها
ان لا يحصل بها الا بالنية او ما يقوم مقامها من
دلالة الحال لانها غير موضوعة لما استعملت فيه بل
تحتمله وغيره فلا بد من التعيين او دلالته ثم الكناية
على ضربين ما يكون الواقع به واحدة رجعية وما يكون
واحدة بائنة فالاول ثلاثة الفاظ هي اعتدي و
واستبرئي رحمك وانت واحدة ولا بد لكل واحدة
منها من احتمال متعين حتى يحتاج الى التعيين بالنية
او ما يقوم مقامها من دلالة الحال وقد ذكر المصنف
في كل واحد منها ذلك وكلامه فيه واضح وقوله
لان قوله انت طالق فيها اي في هذه الالفاظ الثلاث
مقتضى اي ثابت بالاقتضاء في قوله اعتدي واستبرئي
رحمك كما اشار اليه في قوله فيقتضي طلاقا سابقا
لان الامر بالاعتداد بغير طلاق غير صحيح فلا بد من
تقدم الطلاق سابقا وقوله او مضمر
في قوله انت واحدة وقوله ولا معتبر
باعراب الواحدة عند عامة المشايخ يعني سواء قال

Copyright © King Saud University

اينت واحدة بالنصب او بالرفع او بالسكون فقوله
هو الصحيح احتراز عن قول بعض المشايخ يقع الطلاق
اذا نصب الواحدة وان لم ينو لكونه صفة للمطلقة اما
اذا رفعها فلا يقع وان نوى لانها تكون صفة لها
نفسها وقيل هو قول محمد وعند ابي يوسف يقع
في الاحوال كلها لان نية الطلاق يعرف عن العرض
وان اخطا في الاعراب فان اسكن فهو محتاج الى
النية لاحتمال المعنيين والصحيح ان الكل سواء لان العوام
لا يميزون بين وجوه الاعراب والثالث هو بقية
الكنايات وهي المذكورة في الكتاب اذا نوى بها الطلاق
كانت واحدة باينة وان نوى ثلاثا كان ثلاثا وان
نوى ثنتين كانت واحدة اما وجوب النية فلما ذكرنا
من احتماله للطلاق وغيره الا ان يكون في حالة
مذاكرة الطلاق فان القاضي يحكم بالوقوع وان ادعى
الزوج عدم النية واما جواز نية الثلاث فلان
الواقع بها اذا كان باينا فالبينونة يتصل بالمراة
للحال ولا يتعالها وجهان انقطاع يرجع الى الملك وانقطاع
يرجع الى الحل فتتعدد المقتضى بتعدد المقتضي على الاحتمال
فصح تعيينه والمثنى بمعزل عن ذلك قال المص
سوى يعني القدوري بين الفاظ الكناية في وقوع الطلاق
بقوله والجملة في ذلك ان الاحوال ثلاث حالة مطلقة
وهي حالة الرضى وحالة مذاكرة الطلاق بان يسالها ذلك
وحالة غضب الزوج والكنايات على ثلاثة اقسام ما يصلح
جوابا وردا وهو سبعة اخرجي اذهبي اعزبي قومي تقنعي
استتري تخمري اما صلاحية هذه الالفاظ للرد فان يريد

الزوج

١٢٨

الربح فيهما بالضمان لا بالمال ولا بالعمل وقوله
على ما بينا قيل هو اشارة الى ما ذكرنا في شركة
التقبل بقوله لان الضمان بقدر العمل فالزيادة
عليه ربح ما لم يضمن وقيل هو اشارة الى قوله
بخلاف شركة الوجوه لانه جنس المال متفق الى اخره
استحقاق الربح في شركة الوجوه بالضمان والضمان
على قدر الملك في المشترى فكان الربح الزائد عليه
ربح ما لم يضمن فلا يصح اشتراطه الا في المضاربة
فانه يصح فيها لما ذكرنا من وجود مقابلته بالمال
والعمل والوجوه اي شركة الوجوه ليست في
معناها لان المال فيها مضمون على كل واحد من
الشريكين واما المال في المضاربة فليس بمضمون
على المضارب ولا العمل على رب المال بخلاف العنان
لانه في معناها من حيث ان كل واحد يعمل في
مال صاحبه كالمضارب يعمل في مال رب المال فيلحق
بها فقيل فيه نظر لان ربح ما لم يضمن لو جاز في العنان
لشبهه بالمضاربة يصح الشركة بالعروض في العنان
لان العنان مشبه بالمضاربة وكان علة تجويز
ربح ما لم يضمن موجودة لكن لا يجوز ذلك لما تقدم
انه يودي الى ربح ما لم يضمن والجواب ان العنان
بالعروض لو كان موديا الى ربح ما لم يضمن فقط لاعتبرناه
لكن انضم الى ذلك جهالة راس المال والربح عند القسمة
وليس في المضاربة ما يقتضي اعتباره فصح بحقه
وهذا الجواب ينزع الى تخصيص العلة فان كان يلتزم
مساعدا او بعاد الى مخلصه المعلوم في الاصول فهو

Copyright © King Saud University

فصـــل في الشركة الفاسدة

وجه فصل الفاسد عن الصحيح وتأخيره عنه لا يخفى على
احد وكلامه واضح وقوله لان امر الموكل به
غير صحيح والوكيل يملكه دليلان على المطلوب و
تقرير الاول المدعى ان التوكيل في اخذ المباح
باطل لانه يقتضي صحة امر الموكل بما وكل به وهو
اخذ المباح وامر الموكل باخذه غير صحيح لكونه
صادف غير محل ولايته وتقرير الثاني في التوكيل
باخذ المباح باطل لان الوكيل يملكه بدون امر
الموكل ومن ملك شيئا بدون امر الموكل لا يصلح
ان يكون نائبا عنه لان التوكيل اثبات ولاية
التصرف فيما هو ثابت للموكل وليس بثابت للوكيل
وهذا المعنى لا يتحقق فيمن يملك بدون امره و
لئلا يلزم اثبات ولاية التصرف فيما هو ثابت
للموكل وليس بثابت للوكيل وهذا المعنى لا يتحقق
فيمن يملك بدون امره لئلا يلزم اثبات ولاية
التصرف فيما هو ثابت للموكل وليس بثابت
للوكيل وهذا المعنى يتحقق فيمن يملك بدون
امره لئلا يلزم اثبات الثابت وتوقف الثاني
بالتوكيل بشراء عبد غير معين فان الوكيل يملكه
بدون امر الموكل بالشراء لنفسه قبل التوكيل وبعده
ومع ذلك صلح ان يكون نائبا عن الموكل والجواب
ان معناه يملكه بدون امر الموكل بلا عقد وعوض
النقض ليس كذلك فانه لا يملكه الا بالشراء وقوله
فللمعين اجر مثله بالغا ما بلغ عند محمد وعند ابي يوسف

لايجاوزونه

لا يجاوزونه نصف عن ذلك وقد عرف في موضعه
اي في كتاب الشركة من المبسوط دليل على انهم
اعتادوا قول محمد وجه قول ابي يوسف انه
رضي بنصف المجموع وقد فسد العقد كان راضيا
بنصف عن المجموع في الانتفا فلا يجاوزونه نصفه
لانه يعتبر رضاه في اسقاط حقه عن مطالبة
الزيادة ووجه قول محمد انه لا يمكن تقديره
اي تقدير اجر المثل بنصف قيمة المجموع لانه
مجهول جهالة متفاحشة جنسا وقدرا حيث
لا يدرى اي نوع من الحطب يحصل واي
قدر منه يحصل ولا يدرى ايضا هل يجدان
ما عقدا عليه عقد الشركة ولا يجدان فاذا كان
كذلك لا يمكن ان يقال ان المعين رضي بنصف
المسمى من الحطب او غيره لان الرضا بالمجهول
لا يتحقق فيجب الاجر بالغا ما بلغ الا ترى
انه لو اعانه عليه فلم يصيبا شيئا كان له الاجر
بالغا ما بلغ فههنا اولى لانهما اصابا وقوله
واذا اشتركا ولاحدهما بغل وللاخر راوية الرواية
هي الاصل بغير الاستقا لانه يروي الماء اي يحمله
ثم كثر حتى استعمل في المزادة وهو المراد ههنا
قال ابو عبيدة المزادة لا يكون الا من جلدين
يقام بجلد ثالث بينهما ليتسع والجمع مزاد ومزايد
وقوله لان الربح فيه تابع للمال فيتقدر
بقدره فيه نظر لان الربح عندنا فرع للعقد كما
مر وكل فرع تابع وكونه تابعا للمال انما هو مذهب

Copyright © King Saud University

الشافعي كما تقدم فكان الكلام متناقضا والجواب
انه تابع للعقد اذا كان العقد موجودا وههنا اخذ
فسد العقد فيكون تابعا للمال لانه شرطها فان الطلة
اذا لم يصلح لاضافة الحكم اليها يضاف الى الشرط والربع
عبارة عن الزيادة يقال اخرجت الارض ريعا
اي غلة لانها زيادة وقوله على
ما بينا من قبل اشارة الى ما ذكره في باب احكام
المرتدين في قوله وان لحق بدار الحرب مرتدا
وحكم بلحاقه الى قوله ولنا انه باللحاق صار من
اهل الحرب وهم اموات في حق احكام الاسلام
الى اخره وقوله ولانه اي الموت عزل
حكمي لكون موت الموكل موجبا عزل الوكيل لو
حكما لتحول ملكه الى ورثته فلا يتوقف
حكمه على ثبوت العلم به الا ترى ان الوكيل
ينعزل بموت الموكل وان لم يعلم بموته وقوله
واذا بطلت الوكالة بطلت الشركة متصل بقوله
والوكالة تبطل بالموت واعترض بانه قد تقدم
ان الوكالة قد تثبت في ضمن الشركة واذا كان
كذلك كانت تابعة لها ولا يلزم من بطلان
التابع بطلان المتبوع واجيب بان
الوكالة تابعة للشركة من حيث انها شرطها
لا تبقى الشركة بدون الوكالة اشار المصنف الى
ذلك انها تبقى ولا بد منها اي الوكالة لتحقق
الشركة واذا كانت شرطا لا يتحقق بقاء المشروط
بدونه وقوله لانه اي الفسخ عزل

قصد

١٩٠

قصد فيتوقف على العلم فصل
لما كانت احكام هذا الفصل ابعد عن مسائل
الشركة من قبل انها ليست من مسائل
التجارة اخرها في فصل على حدة وكلامه واضح
لا يحتاج الى شرح سوى ما نذكره وقوله
اما اذا اديا معا ضمن كل واحد منهما نصيب صاحبه
يعني عند ابي حنيفة خلافا لهما وقوله
لان الظاهر انه لا يلتزم الضرر بعد اذا بقي
ماله على يد الوكيل الا لدفع الضرر اي بقاء
الواجب في ذمته وقوله لانه عزل
حكمي اعترض عليه بانه يشكل بالوكيل بقضاء
الدين فان هناك اذا قضى الموكل بنفسه ثم
قضى الوكيل فان بادا الموكل فهو ضامن وان لم
يعلم لم يضمن شيئا ففرق هناك بين العلم وعدمه
مع انه حصل العزل الحكمي هناك ايضا كادا
الموكل واجيب بان الوكيل بقضاء
الدين مامور بان يجعل المودي مضمونا على
القابض على ما هو الاصل لان الديون تقضى
بامثالها وذلك يتصور بعد اداء الموكل فلم يكن
اداؤه موجبا عزل الوكيل حكما توضيح الفرق
ان هناك لو لم يوجب الضمان على الوكيل
بجهله باداء الموكل لا يلحق الموكل فيه ضرر لانه يتمكن
من استرداد المقبوض من القابض وتضمينه
ان كان هالكا وههنا لو لم يوجب الضمان ادى
الى الحاق الضرر بالموكل لانه لا يتمكن من استرداد

Copyright © King Saud University

الصدقة ولا تضمينه والضرر مدفوع فلهذا
وجب الضمان لكل حال واعترض عليه بان زكاة
كل واحد يسقط عنه بعد ادائه حتى يترتب
عليه عزل وكيله وحالة ما يؤدي عنه الوكيل
لم يحكم بسقوط الزكاة عن موكله فلم يوجب عزل
الوكيل عن الاداء واجيب عنه بانه
امره باداء الزكاة عنه في حال استقرار الزكاة
على الامر وعند ما يؤدي الموكل عن نفسه
الزكاة الحالة حالة زوال الزكاة وسقوطها عنه
فلا يصير في هذه الحالة انها حالة استقرار الزكاة
فكان اداؤها على غير الوجه المامور به وكان
مخالفا لما امره فلذلك ضمن وقوله
اما دم الاحصار جواب عن قوله فصار كالمامور
بذبح دم الاحصار وتقريره انا لا نسلم ان
المامور بذبح ذبح الاحصار لا يضمن اذا ذبح
بعد زوال الاحصار ولئن سلمنا انه لا يضمن
بانه ثمة فيمكن الفرق بينهما ان دم الاحصار
ليس بواجب البتة لانه لو صبر الى ان يزول
الاحصار لم يطالب بدم الاحصار فلم امرا مقصودا
فلم يمكن ان يقال ان المقصود حصل بفعل
الموكل قبل فعل المامور فيعري فعل المامور عن
المقصود بخلاف اداء الزكاة فانه واجب فكان
اسقاط الواجب امرا مقصودا وقد حصل هذا
المقصود باداء الامر بنفسه فعري فعل المامور
عن المقصود فيضمن وقوله فادى اذن

احد

احد المتفاوضين صورة المسئلة ظاهرة وتقرير
دليلهما انه ادى دينا عليه خاصة من مال مشترك
وكل من فعل كذلك يرجع عليه صاحبه بنصيبه كما في
شرى الطعام والكسوة وقوله وهذا لان
لقوله انه ادى دينا عليه خاصة لان الملك
واقع له خاصة بدليل حل وطئها والثمن
بمقابلة الملك فكان الدين عليه خاصة ولابي
حنيفة ان الجارية دخلت في الشركة على البتات
فادى المشتري ثمنها من مال الشركة وكل ما دخل
في الشركة وادى المشتري ثمنها من مال الشركة
لا يرجع اليه صاحبه بشيء كما لو اشتراها قبل الاذن
وادى ثمنها من مال الشركة فانه لا يرجع عليه
بشيء وبين دخولها في الشركة بقوله جريا على
مقتضى الشركة اي شركة المفاوضة فان ذلك
يقتضي دخول ما ليس بمستثنى كالطعام
والكسوة فيهما وشرى الجارية ليس بمستثنى
فيدخل فيهما لانهما لا يملكان تغيير مقتضى الشركة
مع بقائها الا ترى انهما لو شرطا التفاوت بينهما
في ملك المشترى لم يعتبر مع بقاء عقد الشركة
فان قيل لو كانت واقعة على الشركة
كيف جاز له وطؤها اجيب بانه كان يحل
وطؤها كما يحل اذا وهب نصيبه بعد الشرى بغير
اذن وقوله غير ان الاذن يتضمن
هبة نصيبه استثناء من قوله فاشبه حال عدم
الاذن فانه كان مما يوهم ان يقال كيف يشبه

Copyright © King Saud University

حال عدم الاذن وهناك لم يحل وطئها وبعد الاذن
يحل فازال ذلك بقوله غير ان الاذن يتضمن
هبة نصيبه منه لان الوطي لا يحل الا بالملك و
ولا وجه الى اثباته بالبيع يعني لا يمكن ان يقال
حل الوطي بناء على انه اشترى جميعها لنفسه
لما بينا انه يخالف مقتضى الشركة يريد به ما ذكره
انفا قوله جريا على مقتضى الشركة فاثبتناه
بالهبة الثابتة في ضمن الاذن فكانه قال اشتر جارية
بيننا وقد وهبت نصيبي منها لك فجازت الهبة
في الشائع لان الجارية مما لا يقسم بخلاف الطعام
والكسوة حيث يقع للمشتري خاصة لان ذلك
مستثنى عنها للضرورة فيقع الملك له خاصة
بنفس العقد فكان مؤديا دينا عليه من مال الشركة
وفي مسئلتنا قضى دينا عليهما لما بينا انها
دخلت في الشركة وفيه بحث من وجهين
احدهما انه من قال اعتق عبدك عني ولم يذكر
المال ففعل لا يصير هبة عند ابي حنيفة ومحمد
والعتق يقع عن المامور لانتفاء القبض
الذي هو شرط الهبة فكيف صار هبة فيما
نحن فيه والثاني ان الملك يثبت في نصيب
الشريك بالهبة حكما للاذن بالوطي والملك لا يثبت
في الجارية بالهبة حكما للاحلال فان من قال
لغيره احللت لك وطي هذه الجارية لا يصير
ملكا للمخاطب حكما للهبة بالاحلال والجواب
عن الاول ان ذلك انما لا يصير هبة لانتفاء

العتق

العتق الذي هو شرطها وما نحن فيه ليس كذلك لانه
يقبض بعد الشراء على الشركة وهو وكيل لم يقبضه
لنفسه وعن الثاني ان المصنف اشار الى ذلك
بقوله في ضمن الاذن وجاز ان يثبت الشيء ضمنا
ولا يثبت قصدا قوله وللبايع
ان ياخذ بالثمن ايهما شاء ظاهر

كتاب الوقف

مناسبة ذكر الوقف بعد الشركة هي
ان المقصود بكل منهما الانتفاع بما يزيد على
اصل المال وهو مصدر وقفت الدابة وقوفا
واوقفتها انما يتعدى ولا يتعدى ووقفت
الدار على المساكين وقفا واوقفها لغة رديئة
وعرفه شمس الائمة السرخسي بانه حبس
المملوك عن التمليك من الغير وسببه طلب
الزلفى وشرطه كون الواقف حرا عاقلا بالغا وكون
المحل غير منقول وركنه ارضي هذه صدقة موقوفة
مؤبدة على المساكين وحكمه خروج الوقف اي
الموقوف عن ملك الواقف وعدم دخوله في
ملك الواقف وعدم الموقوف عليه وكلامه واضح
وما عرفه ابو حنيفة يقتضي ان لا يصح الوقف
لانه هو التصدق بالمنفعة والتصدق بالمعدوم
لا يصح قوله وهو راجع الى قوله فلا يجوز
الوقف اصلا هو المذكور في الاصل يعني المبسوط لكنه
نقله بالمعنى لا بعين لفظه فان لفظ المبسوط فاما
ابو حنيفة فكان لا يجيز ذلك ثم قال فمراده انه
لا يجعله لازما فاما اصل الجواز فثابت عنده لان العارية

Copyright © King Saud University

بصرف المنفعة الى جهة الوقف ثم يبقى العين على
ملك الواقف فله ان يرجع ويجوز بيعه ويورث
عنه ولا يلزم الا بطريقين قضاء القاضي بلزومه
لكونه مجتهدا فيه واخراجه مخرج الوصية بان
يقول اوصيت بغلة داري فح يلزم وعندهما
هو حبس العين على حكم ملك الله فيزول
ملك الواقف عنه الى الله تعالى على وجه
تعود المنفعة الى العباد فيلزم ولا يباع
ولا يورث وقوله واللفظ اي لفظ الوقف
ينتظمهما اي يتناول لما قاله ابو حنيفة وهو حبس
العين على ملك الواقف وما قالاه وهو حبس
العين على حكم ملك الله انتظاما واحدا من غير
ترجيح فلا بد من دليل فيرجح ثم ابتدا ببيان
دليلهما بقوله قول النبي صلى الله عليه وسلم
لعمر روى صخر بن جويرية عن نافع ان عمر بن الخطاب
كانت له ارض تدعى ثمغ وكانت نخلا نفيسا
فقال عمر يا رسول الله اني استفدت مالا وهو
عندي نفيس اما اتصدق به قال تصدق باصله
لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولكن لينفق من
ثمرته فتصدق به عمر في سبيل الله
وفي الرقاب والضيف والمساكين وابن السبيل
ولذي القربى ولا جناح على من وليه ان
ياكل بالمعروف او يوكل صديقا له غير متمول عنه
وهذه الارض كانت سهم عمر بخيبر حين قسم
رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر بين الصحابة
ويجمع

192

ويجمع لقب لهما وهي بفتح الثاء المثلثة وسكون الميم
والغين المعجمة وقوله اذ لا نظير له في الشرع
وهو المسجد لبيان نفي استبعاد ان يخرج من ملك
الواقف ولا يدخل في ملك غيره فان اتخاذ المسجد
لازم بالاتفاق فهو اخراج لتلك البقعة عن
ملكه من غير ان يدخل في ملك احد ولكنها
تصير محبوسة لنوع قربة قصدها فكذلك في
الوقف ولابي حنيفة قوله عليه السلام لا حبس
عن فرائض الله اي لا مال يحبس بعد موت صاحبه
عن القسمة بين ورثته لكنهم يحملون هذا الاثر
على ما كان عليه اهل الجاهلية من البحيرة والسائبة
والوصيلة والحام ويقولون الشرع ابطل ذلك كله
ولكنا نقول النكرة في موضع النفي تعم فيتناول كل
طريق يكون فيه حبس عن الميراث الا ما قام
عليه دليل وقوله جاء محمد صلى الله عليه
وسلم ببيع الحبس يدل على ان لزوم الوقف كان
من شريعة من قبلنا وان شريعتنا ناسخة لذلك
قوله كالسائبة هي الناقة التي تسيب
لنذر وكان الرجل يقول اذا قدمت من سفري
او برات من مرضي فناقتي سائبة ومعناه
ان الوقف بمنزلة تسيب اهل الجاهلية من
حيث ان العين لا تخرج من ان يكون مملوكه
لم ينتفع بها فان تسيب الدابة لم يخرج من ملكه
فكذلك اذا وقف ارضه او داره قوله
بخلاف الاعتاق جواب عما يقال لو كان ازالة

الملك لا الى مالك غير مشروع لما جاز العتق فانه
ازالة الملك الثابت في العبد من غير تمليك
لاحد وقوله بخلاف المسجد جواب
عن قياسهم الوقف على المسجد وقوله
قال في الكتاب يعني مختصر القدوري لا يزول
ملك الواقف الا ان يحكم به الحاكم او يعلقه بموته
صورة الحكم ان يسلم الواقف ما وقفه الى المتولي
ثم يريد ان يرجع عليه فينازعه بعدم اللزوم
فيختصمان الى القاضي فيقضي القاضي بلزومه
وقوله فالصحيح انه لا يزول ملكه
يعني ان المشايخ اختلفوا على قول ابي حنيفة
فقيل يزول الملك بالتعليق بالموت لانه
وقت خروج المال عن ملكه فالتعليق به
يدل على ان مراده الخروج عن الملك وقيل
لا يزول وهو الصحيح لان الوقف يتصدق بالغلة
وهو لا يستدعي زوال اصل الملك ولانه يتصدق
بالغلة دائما ولا يمكن التصدق بها كذلك الا اذا بقي
اصل الموقوف على ملكه الا انه يتصدق بمنافعه
مؤبدا فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبدا فيلزمه
والمراد بالحاكم المولى اي الذي ولاه الخليفة عمل القضا
واما المحكم وهو الذي فوض اليه الحكم الحكم في حادثة
معينة باتفاق الخصمين ففيه اختلاف المشايخ قال
في كتاب القضاء من خلاصة الفتاوى واما حكم
المحكم في اليمين المضافة وسائر المجتهدات فالاصح
انه ينفذ لكن لا يفتي به وقوله قال

الطحاوي

الطحاوي هو بمنزلة الوصية بعد الموت يعني يلزم
الوقف على مذهب ابي حنيفة بخلاف الوقف
في الصحة فانه لا يلزم عنده ثم قال الطحاوي في
مختصره وقد روى محمد عن ابي حنيفة ان ذلك
لا يجوز منه في مرضه كما لا يجوز في صحته
وهو الصحيح على اصوله وقال المصنف الصحيح انه لو
لا يلزم عند ابي حنيفة لان المباشرة في المرض
كالمباشرة في الصحة حتى لا يلزم ولا يمنع الارث
كالعارية وعندهما يلزم الا انه يعتبر من الثلث
والوقف في الصحة من جميع المال وقوله
وقد يكون لازما لغيره فيأخذ حكمه اي يثبت
التمليك من الله تعالى ضمنا للتمليك من غير الله
فانه كان لا يثبت التمليك من الله قصدا فانا اخذ
التمليك من الله حكم التمليك من غيره حتى يشترط
فيه التسليم والقبض وقوله فينزل منزلة
الزكاة والصدقة يعني ينزل التمليك من الله
تعالى في الوقف في ضمن التسليم الى العبد منزلة
تمليك المال من الله في الزكاة حيث يتحقق التمليك
منه في ضمن التسليم الى الفقير قال واذا صح
الوقف على اختلافهم يعني اذا صح الوقف على ما اختلف
فيه المشايخ من انه يصح عندهما ولا يصح عند ابي
حنيفة على ما هو المنقول في الاصل والاصح الصحة
عنده خرج عن ملك الواقف يعني على قول
ابي يوسف ومحمد ولم يدخل في ملك الموقوف عليه
لانه لو دخل في ملكه لجاز له اخراجه عن ملكه كسائر

Copyright © King Saud University

املاكه وانما انتقل الى من بعده ممن شرطه الواقف
لكن ليس كذلك بالاتفاق قوله يجب ان
يكون قولهما على وجه الذي سبق تقريره واعترض
عليه بانه ذكر قبيل هذا لا يزول ملك الواقف
الا ان يحكم به الحاكم وهذا الاستثناء انما يحتاج اليه
على قول ابي ح في حق زوال الوقف عن ملك
الواقف واما على قولهما فان الملك يزول
بدون حكم الحاكم ثم الدليل الصحيح يقتضي عدم
جواز الخروج عن الملك لان الخروج يقتضي ان
لا يصح شرطه في صرف الغلة كما اذا اعتق عبده
بشرط ان يصرف عنه الى كذا او جعل ارضه مسجدا
بشرط ان يصلي فيه فلان دون فلان فان التصرف
في غير ملكه غير صحيح والجواب عن الاول
ما ذكره في الكتاب ههنا انما هو في الصحة وما ذكره
قبل هذا فانما هو في اللزوم والصحة لا تستلزم
اللزوم فكان القول بخروج الوقف عن ملك
الواقف اذا صح الوقف قولهما لا قول ابي حنيفة
الا اذا حكم الحاكم فانه حينئذ يكون خروج الوقف
عن ملك الواقف قول الكل سلمنا ان الصحة
ههنا بمعنى اللزوم لكن لا يلزم من اللزوم الخروج
عن ملك الواقف عند ابي حنيفة لان الوقف
عنده معروف بحبس العين على ملك الواقف والتصدق
بالمنفعة وذلك يمنع الخروج لا محالة وعن الثاني
بان خروج الملك الى الله قربة لا يمنع التصرف فيه
ممن خرج عنه الا يرى ان العتق بان تصير بالاراقة

الله تعالى

١٩٥

ثم ان صاحبه يتصرف فيه بالاكل والاطعام والتنفيذ فيه
بتوليه الشرع لكونه المتقرب به فجاز ان يكون امر
الوقف كذلك بخلاف العبد فانه يصير مالكا للمنافع
فلا يعمل فيه تصرف غيره واما المسجد فالاصل
الكعبة والمسجد الحرام وقيل سواء العاكف فيه والبادي
فعلمنا ان الله تعالى لم يترك التخصيص الى الذي
جعله مسجدا وانما الحقه بالمسجد الحرام والكعبة
قوله لان القسمة من تمام القبض بيانه هو
انه القبض للحيازة والحيازة فيما يقسم انما هي
بالقسمة قوله ووقف المشاع جائز
عند ابي يوسف له خلاف بينهما ان القسمة فيما
يقسم من تمام القبض وانما الخلاف بينهما في ان اصل
القبض شرط ولا عند ابي يوسف ليس بشرط فكذا
تمامه وعند محمد شرط فكذا تمامه واما فيما لا يقسم
فمحمد ايضا يجوزه ويعتبره بالهبة والصدقة
المنفذه اي الصدقة الخاصة المسلمة الى الفقير
وهو احتراز عن الصدقة الموقوفة وهي مالم
فيه قوله الا في المسجد والمقبرة استثناء
من قوله ووقف المشاع جائز عند ابي يوسف
فانه لا يتم مع الشيوع فيما لا يحتمل القسمة لان كان
الموضع صغيرا لا يصلح لما اراده الواقف من اتخاذ
المسجد والمقبرة على تقدير القسمة والحاصل
ان جعل المسجد والمقبرة في المشاع الذي لا يحتمل
القسمة لا يجوز اصلا لا قبل القسمة وهو حال كونه
مشاعا ولا بعدها اما قبلها فانه بقاء الشركة يمنع الخلوص

Copyright © King Saud University

على ما سيجيء واما بعدها فلانه في هذه المسألة
فيما اذا كان الموضع غير صالح لذلك بعضهم فينبغي ان يكون
بطريق المهاياة والمهاياة فيهما في غاية القبح
الى اخر ما ذكره في الكتاب وهو ظاهر قال ولا يتم
الوقف عند ابي حنيفة ومحمد لا يتم الوقف لم
عند ابي حنيفة ومحمد حتى يجعل اخره لجهة لا
لا ينقطع مثل ان يقول على كذا وكذا ثم على فقراء
المسلمين حيثما وجدوا مثلا وقال ابو يوسف
اذا سمى جهة ينقطع مثل ان يقف على اولاده
او على امهات اولاده جاز وصار بعدها للفقراء
وان لم يسمهم لهما ان موجب الوقف زوال الملك
بدون التمليك يعني لا الى مالك وكل ما كان زوال
الملك بدون التمليك فانه يتابد كالعتق و
فموجب الوقف يتابد واذا كانت الجهة يتوهم
انقطاعها لا يتوفر عليه اي على الوقف مقتضاه
ولهذا كان التوقيت مبطلا له لانه ينافي موجبه
كالتوقيت في البيع قيل في كلام المصنف تناقض على
قول ابي حنيفة لانه ذكر في اول كتاب الوقف
ان الوقف عنده حبس العين على ملك الواقف
فكان موجبه عدم زوال الملك عن الواقف
ثم قال ههنا موجبه زوال الملك واجيب
بان هذا قول محمد في رواية عن ابي حنيفة
والمذكور في اول الكتاب هو قول ابي حنيفة
في رواية اخرى فيكون عنه في المسألة روايتان
وقيل اراد ههنا ما اذا حكم الحاكم بصحة الوقف ولزومه

فحينئذ

وهو واضح ولو قالت قد طلقت نفسي او اخترت نفسي
بتطليقة يعني في جواب من قال اختاري فهي
واحدة تملك الرجعة لان هذا اللفظ يعني قولها
قد طلقت نفسي او اخترت بتطليقة يوجب الدلالة
اي البينونة بعد انقضاء العدة لكونه من الفاظ
الصريح وما يوجب البينونة بعد انقضاء العدة كان
عند الوقوع رجعيا فهذا اللفظ يوجب الرجعي و
فان قيل اذن لا يكون الجواب مطابقا في
التفويض لان المفوض اليها الاختيار وهو يفيد
البينونة اشار الى الجواب بقوله وكانها
اختارت نفسها بعد العدة فكان عند الوقوع
رجعيا فهذا اللفظ يوجب الرجعي فكان موقعا
مطابقا من حيث ان الاختيار قد وجد منها
قال الشارح وقوله تملك الرجعة غلط
وقع من الكاتب لان المراة انما تفوض حكما و
للتفويض والتفويض طلقة بائنة لكونه من الكنايات
فيملك الابانة لا غير والاصح من الرواية فهي
واحدة لا تملك الرجعة لان روايات المبسوط
والجامع الكبير والزيادات وعامة نسخ الجامع
الصغير هكذا سوى الجامع الصغير لصدر الاسلام
فانه ذكر فيه مثل ما ذكر في الكتاب والدليل ايضا
يساعده مما ذكر في عامة النسخ فانه ذكر في الجامع
الصغير لقاضي خان اما وقوع الواحدة فلما قلنا وهو ان
التطليقة لا تتناول اكثر من الواحدة وانما تكون بائنا
لان العامل تخيير الزوج والواقع بالتخيير بائن لانه

Copyright © King Saud University

ملك النفس وان قال
ابنتك النفس منها او الرجعي لا يثبت
لها امرك بيدك في تطليقة او اختاري بتطليقة في
فاختارت نفسها فهي واحدة تملك الرجعة لانه جعل
لها الاختيار لكن بتطليقة وهي تعقب الرجعة
قيل فعلى هذا كان قوله هذا في النقد يريد بمنزلة
قوله طلقي نفسك وقولها اخترت لا يصلح جوابا
لقوله طلقي نفسك بل يلغو والجواب ان قولها اخترت
انما لا يصلح جوابا لقوله طلقي لكونه اضعف من الطلاق
فان الزوج يملك الايقاع بلفظ الطلاق دون لفظ
الاختيار وههنا ليس بالعكس لكون الطلاق اقوى وههنا
لم يكن اضعف لان صحة هذا الجواب بالنظر الى تمام
كلامه وهو الامر باليد والاختيار دون ما يؤول
اليه من المعنى وهما ضعيفان كالاختيار فجاز ان يقع
قولها اخترت جوابا له

فصل في الامر باليد

اخر فصل الامر باليد عن فصل الاختيار لان ذلك
مؤيد باجماع الصحابة اذا جعل الرجل امر امراته
بيدها فالحكم فيه كالحكم بالتخيير في المسائل قال في النهاية
الا ان هذا صحيح قياسا واستحسانا لان الزوج
مالك لامرها فانما يملكها بهذا اللفظ ما هو مملوك
له فيصح منه ويلزم حتى لا يملك الرجوع عنه اعتبارا
بايقاع الطلاق وفيه نظر لانه ذكر في الاختيار انه
لا يملك الايقاع بهذا اللفظ حتى لو قال اخترتك
من نفسي او اخترت نفسي لا يقع شيء وفي الامر باليد
كذلك فينبغي ان لا يصح قياسا كما في الاختيار الا اذا
ثبت انه قال امرك بيدك او امرك مني او

بيدي

١٩٧

بيدي وقع الطلاق فحينئذ يقع واذا قال لامراته امرك
بيدك ينوي بذلك الثلاث فقالت المسئلة كلا بهي
وقوله ـــــ فلان يبقى او فلان البقا حمير
قوي الابتداء فكم من شيء يحتمل في النكاح حالة البقا
وان لم يحتمل في الابتداء الا ترى ان المنكوحة اذا
وطئت بشبهة تعتد له وتبقى منكوحة ولا يجوز
نكاح المعتدة قد اخترت نفسي بواحدة فهي ثلاث
وبيانه يحتاج الى اثبات صحة جواب الامر باليد
بالاختيار والى كيفية الدلالة على الثلاث اما الاول
فقد بينه بقوله لان الاختيار يصلح جوابا للامر
باليد لكونه تمليكا كالتخيير فكانا متساويين في
القوة والضعف فجاز ان يقع جوابا له واما كيفية
الدلالة على الثلاث فلان الواحدة صفة الاختيارة
فصار كانها قالت اخترت نفسي بمرة واحدة اي
باختيارة واحدة بدليل ما بعده وهو قوله وهي
في العرف الاختيارة وانما عبر عنها بمرة لان الصيغة
الدالة على المرة من الاختيار وهي الاختيارة مهجور
عنها بمعنى ههنا وبذلك اي بقوله اخترت نفسي
مرة واحدة يقع الثلاث لان معناه اخترت بجميع
ما فوضت اليه اختيارة واحدة وحين نوى الزوج
الثلاث فقد فوض اليها ذلك ولو قالت يعني في
جواب قوله لها امرك بيدك قد طلقت نفسي او
واحدة او اخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة بائنة
لان الواحدة نعت لمصدر محذوف فوجب اثباته
على حسب اثباته مثل ما يدل عليه المذكور السابق

Copyright © King Saud University

وهو في الاولى الاختيارة لدلالة اخترت عليها وفي
الثانية التطليقة لدلالة طلقت عليها ولا يتوهم التكرار
في قوله وهي في الاولى الاختيارة مع تقدم قوله والوصف
صفة الاختيارة لدلالة اخترت عليها فيكون في الثا
التطليقة لدلالة طلقت عليها الا انها تكون باينة
لان امرك بيدك من الفاظ الكناية والواقع بها
باينة فيما سوى الثلاثة المذكورة وكان التفويض
في الباين ضرورة انه ملكها امرها فقوله في الباين
خبر ان وتقديره التفويض جعل في الباين لضرورة
انه ملكها امرها فان تمليكه اياها امرها يقتضي
البينونة لكون هذا الامر باليد من الفاظ الكناية
وكلاهما خرج جوابا فيصير الصفة المذكورة يعني
البينونة في التفويض مذكورة في ايقاع المراة
ليكون كلاهما مطابقا لكلامه فان قيل ما الفرق
بين قولها اخترت نفسي بتطليقة في جواب تخيري
وبين قولها وذلك في جواب امرك بيدك حيث
حتى كان الواقع في الاول رجعيا كما تقدم وفي
الثاني باينا كما ذكره وهل هذا الا دليل على ان
ما تقدم كان سهوا من الكاتب كما ذكره الشارحون
فالجواب ان الاختيار ليس القياس فيه ان لا يقع
به الطلاق وان نوى الزوج الا انا استحسناه
لاجماع الصحابة والاجماع انما هو في مجرد الطلاق
لا في الباين فليس فيه ما يمنع من تصريح الطلاق
الوارد في كلامها عن موجبه بخلاف الامر باليد
لانه من الفاظ الطلاق قياسا واستحسانا على ما

ما نقلنا

الخامس من الجزء الثاني

١٩٨

منهما ليس لاثبات الحكم بهما ولا باحدهما بل لبيان ان العمل
بهما غير ممكن لتعارضهما او لمخالفة كل منهما النص فصار
كانه قال فوجب العمل علينا بظاهر النص من غير رجوع
الى القياس والمعقول فاما لو خلينا ومجرد القياسين
وعملنا به على وجه الفرض والتقدير وان لم يكن وقت
العمل بالقياس من غير نظر الى النص لزم ترك هو
احد القياسين فتركناهما جميعا وعملنا بالنص
وبهذا خرج الجواب عن السوالين الاخيرين
فانه لم يكن المعارضة على حقيقتها بل هو قول على
سبيل الفرض والتقدير لا يرد ما يرد في التعارض هذا
احسن ما وجدته في الاعتذار في هذا البحث
وهو كما ترى قوله وشرط ان يكون ا
قبل الخلوة قد ظهر معناه مما تقدم قال وان
تزوجها ولم يسم لها مهرا للمفوضة والتي شرطت
نكاحها ان لا مهر لها مهر المثل ان دخل بها او مات
عنها وكذا اذا ماتت وقال الشافعي لا يجب شي [illegible]
في الموت واكثر اصحابه على انه يجب في الدخول لان
المهر خالص حقها فيتمكن من نفيه ابتداء كما يتمكن من
اسقاطه انتهاء ولنا ان المهر وجوبا حق الشرع كما مر
وانما يصير حقها حالة البقاء فتملك الابراء دون
النفي لان الاصل ان يلاقي التصرف ما يملكه دون ما لا
يملكه ولو طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة لقوله تعالى
ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره معروفا حقا
الاية لا لان الله تعالى قال لا جناح عليكم ان طلقتم
النساء ما لم تمسوهن او تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن

Copyright © King Saud University

والمتعة هي المهر اي لا جناح عليكم في الطلاق في الوقت
الذي لم يحصل المساس وفرض الفريضة وامر المتعة
مطلقا وهو على الوجوب وقال حقا وذلك يقتضيه ايضا
وذكر بكلمة على فهذه المتعة واجبة عندنا رجوعا
الى الامر وغيره وفيه خلاف مالك فانها عنده
مستحبة في جميع الصور لان الله تعالى سماها احسانا
بقوله تعالى حقا على المحسنين واجيب بان ذلك
مصروف الى الحق لها مهرا ونصف مهر بلا تعارض الامر
وفيه نظر لان متاعا مصدر موكد لقوله متعوا والمراد
به هذه المتعة الواجبة فكيف يصرف الى المستحب
فالاولى ان يقال الامر وكلمة على في على الموسع قدره
ومتاعا وحقا وكلمة على في قوله على المحسنين كلها تقتضي
الوجوب وتاكيده فاما ان يبطل ذلك كله لاجل لفظ
الاحسان او تاوله لا داكه تعدل عن التاويل
فتاوله بان معناه على المحسنين الذين يقيمون
الواجب ويزيدون على ذلك احسانا منهم والله اعلم
والمتعة ثلاثة اثواب من كسوة مثلها درع
وملحفة وخمار فان كانت من
السفلة فمن الكرباس وان كانت وسطا فمن القزوان
وان كانت مرتفعة الحال فمن الابريسم وهذا التقدير
اي تقدير العدد مروي عن عايشة وابن عباس وذلك
لان المراة تصلي في ثلاثة اثواب وتخرج فيها عادة
فيكون متعتها ذلك وقوله لا تزيد على مقام
مهر المثل وان كان اكثر منه فان من حقه ان تكون
نصيبها مقام نصف مهر المثل لان المهر التام لم يجب

نخ

١٩٩
في صورة عدم التصور اذا طلقت قبل الدخول ولكن مراده
الحاق المتعة بنفس مهر المثل في اعتبارها حالها لا من غير
نظر الى تمام مهر المثل او نصفه وفي مهر المثل المعتبر
حالها فكذا فيما قام مقامه وقوله والصحيح
انه يعتبر حاله وهو اختيار ابي بكر الرازي عملا بالنص
وهو قوله تعالى على الموسع قدره اي على الغني بقدر
حاله وعلى المقتر اي الفقير المقل بقدر حاله ثم المتعة
اما ان يكون زائدة على نصف مهر المثل اولا فان
كانت زائدة فلها نصف مهر المثل لان مهر المثل
هو العوض الاصل ولكن بعد تنصيفه لجهالته يصار
الى خلفه وهو المتعة فلا يزاد على نصف مهر المثل
وان لم يكن فاما ان يكون مساوية له اولا فان كانت
مساوية فلها المتعة اتباعا للمنصوص وان لم تكن فلما ان
يكون اقل من خمسة دراهم اولا فان كانت فلها
الخمسة لان المهر هو الاصل والمتعة خلف ولا مهر
اقل من عشرة دراهم فلا متعة اقل من خمسة دراهم
وان لم يكن فلها المتعة بالنص فان قيل نص
المتعة مطلق عن هذه التفاصيل ففيما تقييد له وهو
نسخ فالجواب ان قوله تعالى قد علمنا ما فرضنا عليهم
في ازواجهم دل على ان المهر مقدر شرعا والحقيا
بالتسمية في صورة يعتبر بمهره مهر المثل بيان لذلك
القدر المجمل وكذلك قوله عليه السلام ولا مهر اقل من عشرة
دراهم فكان معارضا لاية المتعة والتفصيل على الوجه
المذكور توفيق بينهما فان قيل ان كان القواعد الاصولية
على ذكرتك وان تزوجها ولم يسم لها مهرا ثم تراضيا على

تسميته فيكون لها ان دخل بها او مات عنها بالاتفاق وان طلقها
قبل الدخول بها فلها المتعة وعلى قول ابي يوسف الاول
نصف هذا المفروض وهو قول الشافعي لانه مفروض
والمفروض يتنصف بالطلاق قبل الدخول لقوله تعالى فنصف
ما فرضتم ولهما ان هذا تعيين للواجب بالعقد وهو مهر
المثل اذ لو لم يكن كذلك لوجب عليه اذا دخل بها مهر المثل
والمفروض جميعا اما مهر المثل فلانه الواجب بهذا العقد
ابتداء لعدم التسمية واما المفروض فلحكم بالتسمية فكان
كما اذا سمى لها مهرا ثم زادها شيئا فانها تستحق ما هو على تقدير
الدخول والموت لكنه يسقط مهر المثل ويلزمه المفروض
فكان تعيينا له ومهر المثل لا يتنصف فكذا ما نزل منزلته
والمراد بما تلا من قوله تعالى فنصف ما فرضتم المفروض
في العقد لانه هو المتعارف وقوله وان زادها
في المهر بعد العقد لزمته الزيادة خلافا لزفر
فانه يقول الزيادة صلة مبتداة لا تلتحق باصل العقد
ان قبضت ملكت والا فلا وعندنا المهر ان يذكره
في زيادة الثمن والمثمن فنحن نتبعه في ذلك وقوله
لان التنصيف عندهما يختص بالمفروض في العقد
يعني بناء على ما ذكرنا انه ينصرف الى المتعارف وعنده
المفروض بعده كالمفروض فيه عملا بظاهر قوله تعالى
فنصف ما فرضتم من غير فصل وقوله على ما مر
يعني في المسألة المتقدمة قال واذا خلا الزوج
بامرأته هذا بيان ان الخلوة الصحيحة بمنزلة الدخول
في حق لزوم كمال المهر وغيره عندنا خلافا للشافعي
فانه يقول لها نصف المهر لان المعقود عليه هو منافع

البضع

البضع انما يصير مستوفى بالوطء فلا يتاكد المهر دونه لان
التاكيد انما يكون بتسليم المبدل وتسليمها بالوطء
ولم يوجد ولنا انها سلمت وتقريره ان الواجب
على العاقد او المعقود والمراة تسليم المبدل برفع الموانع
وقد وجد منها ذلك فيتاكد حقها في البدل كما
في البيع فان التخلية فيه برفع الموانع تسليم يجب
به تسليم الثمن على المشتري واما ما ذكر ان المعقود
عليه انما يصير مستوفى بالوطء فصحيح لكن ذلك
تسلم وليس في قدرة المراة ذلك فلا يكون مكلفة
بذلك وقوله وان كان احدهما مريضا بيان
لما يكون مانعا عن الخلوة حسيا كان او شرعيا وقوله
وفسر مرضه حاصله ان المرض في جانبها متنوع بلا
خلاف واما المرض من جانبه فقد قيل انه ايضا
متنوع وقيل انه غير متنوع وانه يمنع صحة الخلوة
على كل حال وجميع انواعه في ذلك على السواء قال
الصدر الشهيد هو الصحيح ووجهه ما قال المصنف لانه
لا يعرى عن تكسر وفتور وقوله وان كان
احدهما صائما تطوعا فلها المهر كله لانه يباح له الافطار
واعترض عليه بانه ينبغي ان لا يلزمه كل المهر لانه
يلزمه القضاء على تقدير الافساد فلا يكون الخلوة
صحيحة كما في قضاء رمضان واجيب بان لزوم
القضاء في التطوع عندنا للضرورة صيانة للمؤدى عن
البطلان والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها فلا يتعدى
الى فساد الخلوة بخلاف قضاء رمضان فان لزوم قضائه
ليس كذلك بل هو عوض مطلق فكان اثره عاما وقوله

Copyright © King Saud University

وهذا القول في المهر هو الصحيح أي الأخذ برواية المنتقى
في حق كمال المهر دفعا للضرر عنها هو الصحيح وأما في حق
جواز الإفطار فالصحيح غير رواية المنتقى وهو أنه
لا يباح الإفطار بغير عذر وحاصله أن المأخوذ في
حق كمال المهر رواية المنتقى وفي حق جواز الإفطار
الرواية الأخرى واحترز بقوله هو الصحيح عن رواية
شاذة عن أبي حنيفة وهي أن صوم التطوع يمنع صحة
الخلوة لأنه يمنعه عن الوطء شرعا لما فيه من إبطال العمل
المؤثم وقوله وإذا خلا المجبوب المجبوب
هو الذي استؤصل ذكره وخصياه من الجب وهو القطع
إذا خلا المجبوب بامرأته ثم طلقها فلها كمال المهر عند
أبي حنيفة وقالا عليه نصف المهر لأنه أعجز من المريض
لوجود آلة الجماع في المريض وقد يجامع بخلاف المجبوب
والمرض مانع عن الخلوة فالجب أولى بخلاف العنين
فإن الوقوف على حقيقة العنة متعذر وسلامة
الآلة وجود السبب إلى الوطء إذ الأصل السلامة
في الوصف أيضا فيدار الحكم عليه ولأبي حنيفة أن المستحق
عليها التسليم في حق المستحق لأنه وسع مثلها في هذه
الحالة وقد أتت بما وجب عليها وأما عدم التسليم
فذلك ليس من جهتها كما تقدم وعليها العدة
في جميع هذه المسائل يعني فيما إذا كانت الخلوة
صحيحة أو فاسدة احتياطا استحسانا لتوهم الشغل
والعدة حق الشرع والولد أما أنها حق الشرع فلأن
عليه أن الزوجين لا يملكان إسقاطها ولا تداخل تجري
فيها وحق العبد لأنها تداخل فأما أنها حق الولد فلقوله عليه

السلام

السلام من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقي
ماءه زرع غيره فالمقصود منه رعاية نسب
الولد وهو حقه فلا يصدق المرأة في إبطال حق الغير
بقولها لم يطأني وقيل معناه فلا يصدق الزوج
في إبطال حقها بقوله لم أطأها بخلاف المهر فإنه لا يجب
بالخلوة الفاسدة لأنه مال لا يحتاط في إيجابه
وقوله وذكر القدوري في شرحه أي في
شرحه لمختصر الكرخي وكلامه واضح قال ويستحب
المتعة لكل مطلقة إلا لمطلقة واحدة ويستحب
المتعة لكل مطلقة إلا لمطلقة واحدة وهي التي طلقها الزوج قبل
الدخول بها وقد سمى لها مهرا وقال الشافعي يجب لكل
مطلقة إلا لهذه التركيب على هذا الوجه هو الذي
وقع في النسخة الصحيحة الموثوق بها وهو كما
ترى يقتضي أن لا يكون المتعة واجبة للمفوضة
الغير المدخول بها لدخولها في قوله لكل مطلقة
وهو ينافي ما تقدم من قوله ثم هذه المتعة واجبة
ويقتضي أن لا يكون المتعة المستثناة مستحبة لأنه
استثناها من الاستحباب وقد صرح باستحبابها
في المبسوط والمحيط والتحفة وزاد الفقهاء وجامع
الإسبيجابي ويقتضي أن لا يكون المتعة واجبة للمستثناة
عند الشافعي لأنه استثناها من الوجوب وذكر في التحفة
أنها واجبة عنده لهذه المستثناة أيضا وإذا عرفت
هذا فاعلم أن معنى كلامه ويستحب المتعة لكل مطلقة
غير التي ذكرناها من قبل إلا لمطلقة واحدة وهي التي
طلقها الزوج إلى آخره وهو اختيار القدوري فإنه ذكر

Copyright © King Saud University

فانه ذكر في شرح ان المتعة واجبة ومستحبة فالواجبة
للتي طلقها قبل الدخول والتسمية والمستحبة لكل مطلقة
الا التي طلقها قبل الدخول وقد سمي مهرا فقد رجع
اختياره موافقا لرواية المتعة ومخالفا للكتب
المذكورة واما الشافعي فله في المستثناة قولان في قوله
القديم تجب وهو الذي ذكره صاحب المختصر وفي الجديد
لا تجب وهو الذي ذكره في الكتاب وهو اصح القولين و
فعلى هذا كانت المتعة عندنا على ثلاثة اقسام
واجبة ومستحبة وغير مستحبة لان المطلقة اما ان
تكون ملموسة او لا فان لم تكن فاما ان يكون مهرها مسمى
او لا فان لم يكن فهي التي وجبت لها المتعة وان كان
فهي المستثناة التي لا يستحب لها المتعة وان كانت
وان كانت ملموسة سواء كان مهرها مسمى او لم يكن
يستحب لها المتعة وعند الشافعي هي تنقسم الى واجبة
والى غيرها واستدل له في الكتاب بقوله لانها
وجبت وهو دليل على وجوبها لكل مطلقة وعدمه
للمستثناة وتقريره المتعة وجبت صلة من الزوج
لايحاشها بالفراق وكل ما كان كذلك يجب لكل من اوحشت
به فالمتعة تجب لكل مطلقة لانها اوحشت بالفراق
الا ان في هذه الصورة يعني المستثناة نصف المهر
يجب بطريق المتعة لان الطلاق فسخ معنى في هذه
الحالة لعود مالها اليها سالما وذلك يقتضي سقوط المهر
كله كما في فسخ البيع لكن الشرع اوجب نصف المهر بطريق
المتعة والمتعة لا تتكرر فلا تجب المتعة لهذه المطلقة
ويجب لغيرها وانما قال وجبت صلة احترازا عن تسمية

المتعة

المتعة عندنا لانها قد استحقت عوض منافع البضع
مرة فلا يستحق غيره وعنده يستحق لانها صلة
بسبب الايحاش فيجب المهر لاستيفاء منافع البضع
والمتعة لوحشة الفراق والثانية ان المتعة لا يزاد
على نصف المهر عندنا لئلا يزيد الخلف على الاصل
وعنده يزاد ولنا ان المتعة خلف عن مهر المثل
في المفوضة لوجود حد الخلف لان مهر المثل سقط
بالطلاق قبل الدخول ووجبت المتعة والحال ان
العقد يوجب العوض لا ينفك عنه لقوله تعالى ان
تبتغوا باموالكم على ما عرف في الاصول فكان وجوب
المتعة مضافا الى العقد بعد مهر المثل ولا نعني بالخلف
الا ما يجب بعد سقوط شيء مضافا الى سبب ذلك الشيء
كالتيمم مع الوضوء فثبت انها خلف والخلف لا يجامع
الاصل فالمتعة لا تجامع مهر المثل ولا شيئا متعلقا به
لكل المفروض عند الطلاق بعد الدخول او نصف المفروض
عنده قبله واعلم انه قيل في توجيه كلامه ان
المراد بالاصل كل المفروض كما اذا كان بعد الدخول
والتسمية وبقوله شيئا منه نصف المفروض كما اذا
كان قبل الدخول وبعد التسمية وفيه نظر لانه
ح يكون منقطعا عن الكلام الاول وهو قوله
المتعة خلف عن مهر المثل فان قياسه هكذا
المتعة خلف عن مهر المثل لا تجامع الاصل فالمتعة
لا تجامع الاصل وهو مهر المثل وليس في ذلك
ذكر التسمية كما ترى وليس المدعى الا عدم وجوب
المتعة مع وجوب المسمى او بعضه ومع وجوب مهر المثل كالعوا

Copyright © King Saud University

ان يقال الاصل هو مهر المثل والمتعة لا تجامعه وجوبا
والمراد بقوله ولا شيئا منه المسمى وبعضه ومن هي
من المتصلة كما في قوله تعالى المنافقون والمنافقات
بعضهم من بعض اي بعضهم متصل ببعض فيكون معناه
والخلف وهو المتعة لا تجامع الاصل وجوبا وهو مهر
المثل اذا طلقها بعد الدخول من غير تسمية ولا تجامع
شيئا متصلا بالاصل وهو كل المسمى قبل الدخول وبعضه
قبله ويكون قوله ولا شيئا منه ملحقا بالثابت
بالقياس المتقدم الا انه منا تجبيه لانه لم يذكره في قوله
لكنه لما كان متصلا به الحقه بحكمه ومعنى الانفصال بين
مهر المثل والمسمى ان كلا منهما يقع ابتداء لا لما هو المهر
عند الله وبيانه كما عرف في الاصول وبعضه هذا قوله
في اخر كلامه فلا يجب مع وجوب شيء من المهر يتناول
مهر المثل وكل المسمى وبعضه هذا الذي سنح لي في حل
هذا الموضع والله اعلم وقوله وهو غير جان
جواب عن قوله او حشها بالفراق وتقريره سلمنا
انه اوحشها بالفراق لكنه لم يكن في الايحاش جانيا لانه
فعل ما فعله باذن الشرع فلا يلحقه الغرم
الغرامة بوجوب المتعة فكانت المتعة بتاويل المتاع
من باب الفضل اي الاستحباب قال واذا زوج الرجل
ابنته اذا زوج رجلان كل منهما بنته او اخته للاخر
بشرط ان يزوجه الاخر بنته او اخته صح النكاح عندنا
ولكل منهما مهر المثل وسمي هذا النكاح نكاح الشغار
من الشغور وهو الرفع قال الاخلاء وسمي به لانهما
بهذا الشرط كانهما رافعا المهر واخليا البضع عنه وقال

الشافعي

الشافعي النكاحان باطلان لانه جعل نصف البضع صداقا
والنصف منكوحة لانه لما جعل ابنته منكوحة الاخر
وصداق ابنته اقتضى ذلك انقسام منافع بضعها
عليهما نصفين عليهما نصفين فنصير النصف للزوج بحكم
النكاح والنصف لبنته بحكم المهر فيلزم الاشتراك ولا
اشتراك في هذا الباب فبطل الايجاب ولنا انه سمي
ما لا يصلح صداقا وكل ما كان كذلك صح العقد فيه ووجب
مهر المثل كما اذا سمي الخمر والخنزير وقوله ولا شركة
بدون الاستحقاق جواب الخصم وبيانه ان البضع لما لم
يصلح صداقا لم يتحقق الاشتراك لان منافع بضع المراة
لا يصلح ان يكون مملوكة لامراة اخرى فبقي هذا شرطا
فاسدا والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة وان تزوج
حر امراة على خدمته لها سنة او على تعليم القران
صح النكاح ولها مهر المثل وقال محمد لها قيمة خدمته سنة
وان تزوج عبد حرة باذن مولاه على خدمته لها سنة
جاز ولها الخدمة وقال الشافعي لها تعليم القران والخدمة
في الوجهين يعني سواء كان عبدا او حرا لان ما يصلح اخذ
العوض عنه بالشرط يصلح مهرا لان المعاوضة يتحقق بذلك
والتعليم والخدمة كذلك لانه استاجرها على تعليم
القران اي الاذان او الاقامة جاز عنده فصار كما اذا
تزوجها على خدمة حر اخر او على رعي الزوج غنمها
ولنا ان المشروع في عقد النكاح هو الابتغاء بالمال لقوله
تعالى ان تبتغوا باموالكم والتعليم ليس بمال فلا يكون
الا ابتغاء بنفسه شرعا وكذلك المنافع على اصلنا لانها
لا يبقى زمانين والتمول بصفة البقاء زمانين فلا يكون

Copyright © King Saud University

الابتغا به مشروعا وكذلك المنافع على اصلنا لانها
لا تبقى زمانين والموت يعتمد البقاء ما بين فلا
يكون الخدمة مالا فلا يكون الا بتغا مشروعا وخدمة
العبد ابتغا بالمال لتضمنه تسليم رقبة العبد كما في
الاجارة ولا كذلك الحر وعلى هذه النكتة يمنع
جواز النكاح على خدمة حر آخر ورعي الغنم
ولان خدمة الزوج لا تستحق بعقد النكاح لما فيه
من قلب الموضع لان عقد النكاح يقتضي ان يكون
المراة خادمة والزوج مخدوما لقوله عليه السلام
النكاح رق وفي جعل خدمة الزوج مهرا لها كون
الرجل خادما والمراة مخدومة وذلك خلاف موضوع
النكاح بلا خلاف بخلاف خدمة حر آخر برضاه
فانه يصح ان يكون مهرا لانه يسلم رقبته كالمستاجر
ولا مناقضة فيه على انه ممنوع في احدى الروايتين
وبخلاف خدمة العبد لانه يخدم المولى معنى حيث
يخدمها باذنه وامره بالنكاح وهذا مستقيم عند
ظاهر لانه علم الجواب عنه بقوله وخدمة العبد
ابتغا بالمال ويمكن ان يقال ذكر المصنف على المدعى دليلين
احدهما قوله المشروع هو الابتغا بالمال والثاني قوله
ولان خدمة الزوج الحر فذكر العبد مرة باعتبار الاول
واخرى باعتبار الثاني وبخلاف رعي الغنم لانه من
باب القيام بامور الزوجية فلا مناقضة على انه
ممنوع في رواية وفي رواية المصنف يجوز فقال في الاول
ولنا ان المشروع هو الابتغا بالمال والتعليم ليس بمال
وكذا المنافع على اصلنا فان كان محمد داخلا في قوله

ولنا

ولنا فقوله ثم على قول محمد تجب قيمة الخدمة لان
المسمى مال يناقض ذلك وان لم يكن داخلا كان المناسب
ولهما دفعا للالتباس ويمكن ان يجاب عنه بانه داخل
بالنسبة الى تعليم القرآن فقال ولنا وليس بداخل
بالنسبة الى الخدمة فقال في الآخر ثم على قول محمد
تجب قيمة الخدمة لان المسمى وهو الخدمة مال
عند العقد الا انه عجز عن التسليم لمكان المناقضة
فصار كالتزوج على عبد الغير وعلى ابي حنيفة
وابي يوسف يجب مهر المثل لان خدمة الحر ليس
بمال اذ لا يستحق فيه اي لا يستحق الخدمة في النكاح
بحال ولو كانت مالا لا يستحق لانه وجد المقتضي
وهو العقد الصادر من الاهل المضاف الى المحل
وانتفى المانع وهو كون المهر غير مال وذكر بعض
الشارحين انه سماعه في هذا المكان بكلمة او وهكذا
او لا يستحق فيه بحال دليل على وجوب مهر المثل
ويكون الاول اشارة الى قوله ولنا ان المشروع
هو الابتغا بالمال والثاني اشارة الى قوله ولان خدمة
الزوج الحر لا يجوز استحقاقها بعقد النكاح والمعنى الثاني
ان قوله اذ لا يستحق بحال لا دلالة له على ان الخدمة
ليست بمال الا بما لمعقنته من وجود المقتضي وانتفا
المانع وهو لا يتم لان للخصم ان يقول لا نسلم انها لو كانت
مالا لاستحقت فيه قوله لانه وجد المقتضي وانتفى
المانع وكون المهر غير مال قلنا المانع غير منحصر
في ذلك بل كونه مفضيا الى المناقضة مانع آخر

Copyright © King Saud University

عن الاستحقاق لكن سماعي بطلبه اذ لو قال يحل ان يقول
قوله وعلى قول ابي حنيفة وابي يوسف يستغني
عنه لانه علم ذلك من الدليل في مطلع البحث ويمكن
ان يجاب عنه بانه اعادة لتمهيد البيان م
التعليل بقوله وهذا اي وجوب مهر المثل لان تقومه
للضرورة اي لان تقوم المسمى وهو الخدمة للضرورة
حاجة الناس في العقود وهي انما تندفع بالتسليم
الى المحتاج فاذا لم يجب تسليمه في هذا العقد لمكان التناقض
لم يظهر تقومه فبقي الحكم للاصل وهو مهر المثل ولو
قال فاذا لم تجد تسليمه كان اولى فتامل قال
وان تزوجها على الف هذه المسئلة تنقسم قسمة
اولية على قسمين اما ان يتزوجها على ما لا يتعين
بالتعيين كالنقود او على ما يتعين به كالعروض و
الحنطة والشعير ثم كل واحد منهما على وجهين
اما ان يكون الصداق مقبوضا لها او لم يكن وكل منهما
على وجهين اما ان تهب المراة الكل او البعض فان تزوجها
على ما لا يتعين بالتعيين وهو الف درهم فقبضتها
ثم وهبتها للزوج ثم طلقها قبل الدخول بها يرجع
عليها بخمس مائة درهم لان الزوج يستوجب و
عليها الرجوع بنصف ما قبضته مهرا بالطلاق قبل
الدخول فانه تنصف الصداق بالنص ولم يصل اليه
ما يستوجبه بالهبة لان الدراهم والدنانير
لا تتعين بالتعيين في العقود والفسوخ فكانت
هبة الالف كهبة الف اخرى واذا لم يصل عين
ما استوجبه كان له الرجوع وكذا اذا كان و

المهر

المهر كيلا او موزونا اخر في الذمة غير الدراهم
فقبضته ثم وهبته ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع
عليها بنصف ذلك لعدم التعيين ولهذا لم يجب عليها
رد عين ما قبضت فان لم تقبض الالف حتى وهبته له
ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع احدهما على الاخر
بشي وفي القياس يرجع عليها بنصف الصداق وهو
قول زفر لانه سلم له المهر بالابراء وما سلم له بالابراء
غير ما يستحقه بالطلاق وهو براءة ذمته عما عليه
من نصف المهر بالطلاق قبل الدخول فالزوج سلم
له بالابراء غير ما يستحقه بالطلاق وهو براءة ذمته
عما عليه من نصف المهر بالطلاق قبل الدخول و
فالزوج سلم له ما يستحقه فلا يبرا المراة عما يستحقه
وجه الاستحسان ان ما يستحقه الزوج بالطلاق م
وهو براءة ذمته عن نصف المهر وقد وصل
اليه ذلك لكن بسبب اخر وهو الابراء ولا يبالي
باختلاف السبب عند حصول المقصود لانه غير
مقصود بنفسه كمن يقول لاخر لك علي الف درهم
عن هذه الجارية التي اشتريتها منك وقال
الاخر الجارية جاريتك ولي عليك الف درهم لزمه
المال لحصول المقصود وان كذبه في السبب وهو بيع
الجارية ولو قبضت خمسمائة ثم وهبت الالف
كلها المقبوض وغيره او وهبت الباقي ثم طلقها قبل
الدخول بها لم يرجع واحد منهما على صاحبه بشي عند
ابي ح وقالا يرجع عليها بنصف ما قبضت اعتبارا للبعض
بالكل فلو قبضت الكل ثم وهبت للزوج ثم طلقها قبل الدخول

C-6
Copyright © King Saud University

رجع عليها بنصف ما قبضت وكذا اذا قبضت البعض و لان
هبة البعض انما البعض الذي يقبضه حط والحط
يلتحق باصل العقد فكانه تزوجها ابتداء على الخمس
مائة المقبوضة ولابي حنيفة ان مقصود الزوج
وهو سلامة نصف الصداق بلا عوض قد حصل قبل
الطلاق فلا يستوجب الرجوع بعد الطلاق كمن له
على اخر دين موجل فاستعجل قبل حلوله الاجل وفايدة
قوله بلا عوض ستظهر في ما اذا باعت من زوجها
قوله والحط جواب عن قولهما ولان هبة
البعض حط ووجه ذلك ان الحط انما يلتحق باصل
العقد عند مقابلته يحتاج الى دفع الغبن عن احد
الجانبين بالزيادة والحط والنكاح ليس كذلك
واستوضح المصنف بقوله الا يرى ان الزيادة يعني
ان الحط والزيادة سيان في الالتحاق فاصل
العقد والزيادة في النكاح لم يلتحق باصل العقد
حتى لا يتنصف الزيادة مع الاصل بالاتفاق
فكذلك الحط ولو كانت وهبت اقل من النصف
وقبضت الباقي مثل ما اذا تزوجها على الف فوهبت
المراة مائتين وقبضت الباقي فعند ابي حنيفة
يرجع عليه بثلاث مائة درهم حتى يتم النصف
وعندهما يرجع عليها باربع مائة درهم لان عنده
ما سلم للزوج معتبر وعندهما المقبوض معتبر
فكانه تزوجها على ما قبضت فيتنصف المقبوض وهو
ثمان مائة ولو تزوجها على عرض فقبضته او لم تقبضه
فوهبت له ثم طلقها قبل الدخول لم يرجع عليها بشي

وفي

وفي القياس وهو قول زفر يرجع عليها بنصف قيمته
لان الواجب فيه رد نصف عين المهر على تقدير
يعني في قوله لانه سلم له المهر بالابراء فلا يعود
اعما يستحقه بوجه الاستحسان ما ذكره ان حقه
عند الطلاق سلامة نصف المقبوض من جهتها
وقد وصل اليه وقوله ولهذا الى ولان
حقه عند الطلاق سلامة نصف المقبوض من جهتها
لم يكن لها ان تدفع شيئا اخر مكانه بخلاف ما اذا
كان المهر دينا وهي المسئلة الاولى حيث يرجع
عليها بالنصف لان حقه لم يكن في نصف المقبوض
لعدم التعيين ولهذا لو دفعت مكانه شيئا اخر جاز
وبخلاف ما اذا باعت يعني الصداق بالعرض من
زوجها لانه وصل اليه ببدل وهو يستحق عليها
نصف المهر بلا بدل فلا ينوب عما يستحقه بالطلاق
قبل الدخول فلذلك يرجع عليها بنصف المهر ولو
تزوجها على حيوان يعني مثل الفرس والحمار
ونحوهما مطلقا او عروض في الذمة بان قال على
ثوب هروي يعين جنسه ونوعه فانه يجب
الوسط مما سمي وثبت دينا في الذمة فيشبه النقود
فكذلك الجواب يعني اذا وهبته له ثم طلقها
قبل الدخول بها لم يرجع عليها بشي قبضت او لم تقبضه
لان المقبوض متعين في الرد يعني انها لو قبضته يجب
عليها رده بعينه وكل ما كان المقبوض منه متعينا في
الرد كان من جنسه ما يتعين بالتعيين واذا وهبت
ما يتعين بالتعيين فان كانت الهبة بعد القبض فقد

Copyright © King Saud University

وصل اليه بغير حقه لان اختلاف السبب غير معتبر
وان كانت قبله فقد وصل اليه حقه وهو براءة
ذمته عن نصف المهر ولا معتبر باختلاف
السبب وقوله وهذا لان الجهالة ثم
اشارة الى شيئين الى جواز النكاح بالحيوان
والعروض بلا تعيين والى ان المقبوض متعين في
العقود وتقريره الجهالة تحملت في النكاح وكل ما تحمل
في النكاح لا يمنعها في النكاح فالجهالة لا تمنعها في النكاح
فاذا شرط ذلك في العقد صح ولا بد من تعيين ليتحقق
الايفاء عند الحاجة اليه فاذا عين بالتعيين صار
كان التسمية وقعت عليه ولو كان كذلك كان
متعينا فكذلك اذا عين بالتعيين وفائدة الاولى
صحة العقد وان كان المسمى مجهولا ومنع وجوب
مهر المثل وفائدة الثانية عدم رجوع الزوج
عليها بشيء ان وهبته له وعدم ولاية الاستبدال
ان لم يهبه وطلقها قبل الدخول بها بخلاف الدراهم
والدنانير قال واذا تزوجها على الف على
ان لا يخرجها من البلدة قد تقدم ان النكاح لا يبطل
بالشروط الفاسدة فاذا تزوج امراة على
الف على ان لا يخرجها من البلدة او على ان لا
يتزوج عليها او على ان يطلق فلانة فالنكاح
صحيح وان كان شرط عدم التزوج وعدم المسافرة
وطلاق الضرة فاسدا لان فيه المنع عن الامر
المشروع فان وفى بالشرط فلها المسمى لانه سمى ما يصلح
مهرا وقد تم رضاها به وان لم يوف به فلها مهر مثلها

وصورة

وصورة المسألة فيما اذا كان مهر المثل اكثر من الالف
لانه سمى مالها فيه نفع حتى رضيت بتنقيص المسمى
عن مهر المثل فعند فواته ينعدم رضاها بالالف
فيكمل مهر مثلها كما في تسمية الكرامة بان شرط مع
الالف انه يكرمها ولا يكلفها الاعمال الشاقة وما اشبه
به وكما لو سمى الهدية مع الالف بان يرسل اليها مع
الالف الثياب الفاخرة ولو تزوجها على الف ان اقام
بها وعلى الفين ان اخرجها صورة المسألة
ظاهرة ووجه قول زفر انه ذكر بمقابلة شيء
واحد وهو البضع بدلين مختلفين على سبيل
البدل وهما الالف والالفان فيفسد التسمية للجهالة
ويجب مهر المثل ولهما ان ذكر كل واحد من الشرطين
مفيد فيصحان جميعا ولابي حنيفة ان الشرط الاول
قد صح لعدم الجهالة فيه فيتعلق العقد به ثم لم
يصح الشرط الثاني لان الجهالة انما نشأت منه ولم تفسد
النكاح وطولب بالفرق بين هذه المسألة وبين ما اذا
تزوجها على الف ان كانت جميلة وعلى الفين
ان كانت قبيحة حيث يصح فيهما الشرطان جميعا
بالاتفاق والمسألة في فتاوى الولوالجي واجيب
بان في الاولى وجدت المخاطرة في التسمية الثانية
لانها لا تدري ان الزوج يخرجها اولا وفي المسألة
الثانية لا مخاطرة لان المرأة اما جميلة في نفس
الامر واما قبيحة غير ان الزوج لا يعرفها وجهله
بصفتها لا يوجب المخاطرة فيصح الشرطان جميعا والمصنف
لم يذكر وجوه الاقوال واحاله على باب الاجارة ثم

Copyright © King Saud University

على احد الشرطين ولم يذكر ههنا هذه المسألة
وانما ذكر مسألة الخياطة على ما سيجي ان شاء الله
تعالى ولو تزوجها على هذا العبد او على هذا
العبد اصل هذا ان الضمان الاصلي عند ابي ح مهر
المثل وانما يعدل الى التسمية اذا صحت من كل وجه
ولم يمنع الجهالة وعندهما الضمان الاصلي هو المسمى
وانما يعدل الى مهر المثل اذا فسدت من كل وجه
وههنا ليس كذلك لامكان العمل بالاوكس لكونه
متيقنا كما في الخلع والاعتاق على مال على هذا
الوجه بان الاوكس في ذلك متيقن ولما في الهداية
واضح وانما قال في مهر المثل وهو الاعدل لانه
لا يقبل الزيادة والنقصان لانه لا يقبل الزيادة
قيمة منافع البضع وقيمة الشي لا يقبل الزيادة
والنقصان بخلاف التسمية لانها يقبلهما وقوله
الا ان مهر المثل جواب عما يقال اذا كان مهر المثل
هو الاعدل كان المصير اليه واجبا في الاحوال
الثلاث ووجهه انه كذلك الا ان مهر المثل
اذا كان اكثر من الارفع فالمراة رضيت بالحط
وان كان انقص من الاوكس فالزوج رضي بالزيادة
فعملنا برضاهما وقوله والجواب بالطلاق
قبل الدخول جواب عما يقال اذا كان كذلك كان
الواجب ان يجب نصف الارفع فيما وجب فيه الارفع
مهر المثل الواجب في الطلاق قبل الدخول نصف
المهر المسمى ووجهه ان الواجب في الطلاق قبل
الدخول في مثله وهو ما يكون التسمية فيه فاسدة

المتعة

السادس من الجزء الثاني
٢٠٨

المتعة ونصف الميت الاوكس يزيد عليها عادة فوجب
لاعترافه بالزيادة وقوله وان تزوجها
على حيوان غير موصوف صورة المسألة ان يقول
تزوجتك على حمار او فرس قال المصنف معنى هذه
المسألة ان يسمي جنس الحيوان دون الوصف
بان يقول انه لم يقل جيدا او وسطا او رديا الى غير
ذلك من اوصافه ورد بان الفرس والحمار
نوع لا جنس واجيب بانه يجوز ان يكون
مراده من الجنس اسم الجنس وهو ما علق على
شي وعلى كل ما اشبهه ويرد عليه قوله اما اذا لم
يسم الجنس بان تزوج على دابة لا يجوز التسمية
ويجب مهر المثل فانه اسم جنس بالتعريف المذكور
وهو ما علق على شي وعلى كل ما اشبهه ولم يصح
به التسمية والحق بان يقال اراد بالجنس ما هو
مصطلح الفقها وهو النوع باصطلاح غيرهم وقوله
وقال الشافعي يجب مهر المثل واضح وقوله
ولنا انه معاوضة مال بغير مال معناه ان في
النكاح معنى التزام المال ابتدا ومعنى المعاوضة
اما معنى المعاوضة فظاهر واما معنى التزام المال
ابتدا فيعني بغير عوض فلانه معاوضة مال فكان
كالدية والاقرار بحيث يلزمه فيهما ايضا مال من غير
ان يكون في مقابلته عوض مالي فعملنا بمعنى التزام
المال ابتدا وقلنا لا يفسد باصل الجهالة لان الجهالة
تحمل مثله متحملة كما في الدية فان الشرع جعل فيهما مائة
من الابل غير موصوفة وكما في الاقرار فانه لو اقر

Copyright @ King Saud University

لان الثياب بشيء مع اقراره لا عملنا بمعنى المعارضة وشرطنا
ان يكون المسمى مالا معلوما رعاية لجانب الزوج والمراة
كما وجب في الزكاة كذلك رعاية لجانب الغني والفقير
وذلك انما يتحقق باعلام الجنس لانه يشتمل على الجيد
والردي والوسط والوسط ذو حظ منهما بخلاف جهالة
الجنس لانه لا وسط لاختلاف معاني الاجناس
فانه اذا قال ... انه لم يجد نوعا يتوسط ليلزمه
وقوله بخلاف البيع جواب عن قوله ما لا
يصلح ثمنا لا يصلح مسمى في النكاح ووجهه ان مبناه
على المضايقة والمماكسة اي المنازعة لانه معاوضة
مال بمال فيه معنى التمام ابتدا فيفسد باصل الجهالة
اما النكاح فمبناه على المسامحة فلا يفسد بالجهالة
ما لم يفحش وقوله وانما يتخير متعلق بقوله
والزوج مخير ومعناه ان لكل واحد من الوسط
والقيمة جهة اصالة اما القيمة فلان الوسط لا يعرف
الا بالقيمة فصارت اصلا في حق الايفا واما الوسط
فلانه المسمى وقعت عليه فيتخير بينهما وتخير
المراة على القبول بايهما اتى وقوله وان
تزوجها على ثوب غيره موصوف يعني لم يذكر
نوعا منه وقوله لان الثياب اجناس يعني
انها تكون قطنا وكتانا وابريسما وغيرها وقوله
وكذا اذا بالغ في وصف الثوب معنى المبالغة فيه هو
ان يوصفه الى حد يجوز فيه عقد السلم قوله
في ظاهر الرواية احترازا عما روي عن ابي ح ان
الزوج يجبر على تسليم الوسط وهو قول زفر لانه بالمبالغة

فيه

٢٠٩

فيه يلتحق بذوات الامثال ولهذا يجوز فيه السلم
وجه الظاهر ما ذكره انها ليست من ذوات الامثال
بدليل ان مستهلكها لا يضمن المثل فصارت كالعبد
وكذا اذا سمى مكيلا او موزونا وسمى جنسه مثل
ان يقول تزوجتك على كر حنطة او من زعفران
ولم يزد على ذلك كان الزوج مخيرا بين الوسط
وقيمته وان سمى جنسه وصفته لا يخير بل يجبر
على الوسط لان الموصوف منهما يثبت في الذمة
ثبوتا صحيحا حالا او مؤجلا ولهذا جاز استقراضه
والسلم فيه وقوله وان تزوج مسلم على
خمر او خنزير فالنكاح جائز ولها مهر المثل لان
شرط قبول الخمر شرط فاسد معناه ان قوله
تزوجتك على خمر بمنزلة قولك تزوجتك بشرط
قبولك الخمر وهذا الشرط فاسد والنكاح لا يبطل به
لان الشرط فيه لا يربوا على ترك التسمية اصلا وذلك
لا يفسده فهذا اولى بخلاف البيع لانه يبطل بالشروط
الفاسدة لان الشرط فيه بمعنى الربو وهو مفسد
وفي قوله بخلاف البيع اشارة الى رد قياس مالك
النكاح على البيع فانه قال تسمية الخمر والخنزير يمنع في
نفسها لكون المسمى ليس بمال اي ليس بمال متقوم في
حق المسلم يمنع وجوب الغير فوجب مهر المثل قال
فان تزوج امراة على هذا الدن من الخل صورة المسئلة
ظاهرة وحاصل الاختلاف ان محمدا مع ابي
يوسف في ذوات الامثال في ان الحكم يتعلق بالتسمية
دون مهر المثل ومع ابي حنيفة في ذوات القيم في ايجابه

Copyright © King Saud University

مهرا كل دون القيمة ثم الا صل ان المعتبر هو الاشارة
عند ابي حنيفة في الفصول كلها والتسمية عند ابي يوسف
في الفصول كله والاشارة في الجنس الواحد والتسمية
في الجنسين عند محمد والمصنف قدم دليل ابي يوسف
وهو ظاهر ثم ذكر دليل ابي حنيفة وقال فيه لكونها
يعني الاشارة ابلغ في المقصود وهو التعريف لان الاشارة
بمنزلة وضع اليد على الشيء ويحصل بها كمال التمييز
لان الاشارة الى شيء وارادة غيره ممتنعة واما
التسمية فمن باب استعمال اللفظ ويكون اطلاق اللفظ
وارادة غير ما وضع له واخر دليل محمد وكانه اشارة
الى اختياره ومذهبه ودليله موقوف على تقديم
مقدمتين احدهما ان المراد بالماهية هي الحقيقة
من حيث هي وبالذات موجود في الخارج يصح ان
يكون مشارا اليه باشارة حسية والثانية ان المراد
بالجنس ما يكون الفاصل بين احاده امرا واحدا فيكون
التفاوت يسيرا كالعبد والحر والميتة والمذكاة والذكر
والانثى في غير الانسان وبالجنسين ما يكون الفاصل
بينهما اكثر من ذلك فيتفاحش التفاوت كالخل والخمر فان
الفاصل بينهما الاسم والصفة كالحموضة في الخل والحرارة
في الخمر والمعنى كالاسكار وعدمه والجارية والعبد
فان الفاصل بينهما الاسم والصفة فاذا فهم هذا فاذا اجتمعت
التسمية والاشارة في العقد فان كان المسمى والمشار
اليه من جنس واحد كان المعتبر هو المشار اليه لان التسمية
والاشارة في العقد فان كان المسمى والمشار اليه من نو
جنس واحد كان المعتبر هو المشار اليه لان التسمية هنا ك

لاتدل

لا تدل على ماهية اخرى وانما تدل على صفة والصفة
تتبع الموصوف في الاستحقاق والموصوف موجود هو
في المشار اليه لانه هو المشار اليه لو الصفة لم يعتبر
الصفة لتبعيتها وان كانا من جنسين فالمعتبر هو المسمى
لان التسمية حينئذ تدل على ماهية خلاف المشار اليه
فيكون المسمى مثل المشار اليه في استحقاق ان يكون هو
مرادا ولا يكون تابعا لان المقتضي لعدم شيء لا ينفعه
فيتعارضان في الاستحقاق والتسمية ابلغ في التعريف
اذا كانا من جنسين من حيث انها تعرف الماهية
والاشارة انما تعرف ذاتا مشارا اليه من غير دلالة
على حقيقته هذا الذي سنح لي في حل هذا المحل وزيدك
بيانا وهو ان كل موضع دلت التسمية فيه على معنى
تحقق المشار اليه عند ارتفاعه فهو جنس واحد
فان صفة كونه عبدا اذا ارتفعت عاد حرا لعدم
الواسطة وكذا في الميتة والذكية والذكر والانثى
وكل موضع دلت التسمية فيه على معنى لم يتحقق المشار
اليه عند ارتفاعه لوجود الواسطة فيهما جنسان
فان صفة كونه خلا اذا ارتفع لا يلزم ان يكون
خمرا لجواز ان يكون عصيرا وكذا اذا ارتفع كونها
جارية لا يلزم ان يكون عبده وعلى هذا اذا تزوجها
على هذين العبدين فاذا احدهما حر فليس لها
الا الباقي اذا ساوى عشرة دراهم عند ابي حنيفة
لانه يعتبر الاشارة والاشارة الى الحر خرج
عن العقد فكان تسمية العبد الثاني لغوا فكانه تزوجها
على عبد فليس لها الا ذلك ولا يجب مهر المثل لانهما

Copyright © King Saud University

لا يجتمعان ووجه قول ابي يوسف ظاهر وكذا وجه
محمد لانه في الجنس الواحد يعتبر الاكثرية ولو كانا حرين
وجب تمام مهر المثل عنده فاذا كان احدهما عبدا يجب
العبد وتمام مهر المثل والمصنف ذكر في دليل ابي ح قوله
لانه مسمى بما على ما ذكرنا ان الاشارة ابطلت العقد
الثاني قوله ووجوب المسمى وان قل يمنع وجوب
مهر المثل واعترض عليه بما قال قبل هذا ولو تزوجها
على الف ان اقام بها وعلى الفين ان اخرجها فلها مهر المثل
وبما قال في الزيادات ان الرجل اذا تزوج امراة على
الف درهم وعلى ان يعتق اباها ثم ان لم يف بالشرط فلها
الالف الى تمام مهر مثلها وهذا يدل ان ذكر المسمى لا يمنع
وجوب مهر المثل واجيب بان ذلك الشرط لو
استحق بعد العقد ففواته يوجب فوات رضاها فيكمل
لها مهر المثل واما الحر فلم يستحق اصلا وبان الوقوف
على ما شرط غير ممكن لانه شرط على خطر الوجود فلو لم
يجب لها تمام مهر المثل لزمها ضرر لا يمكن الاحتراز
عنه اما ههنا فيمكن الوقوف على ما اشار اليه فتلزم
النكاح بالتفحص فلو لزمها ضرر لزمها بنفسها من تقصير
قال واذا فرق القاضي بين الزوجين في النكاح
الفاسد النكاح الفاسد مثل النكاح بلا شهود ونكاح
الاخت في عدة الاخت في الطلاق البائن ونكاح الخامسة
في عدة الرابعة ونحوها وكلامه واضح وقوله
فهو نظيره بالبيع الفاسد يعني ان القيمة في البيع الفاسد
تجب بالغة ما بلغت وان زادت على الثمن فكذلك
مهر المثل وان زاد على المسمى لكون كل واحد منهما

موجبا

موجبا اصليا فاذا اعترض الفساد يرجع الى الموجب الاصلي
ولنا ان المستوفى اي من منافع البضع بهذا العقد
هو ليس بمال وكل ما ليس بمال ليس بمتقوم فالمستوفى
به ليس بمتقوم فالمستوفى من منافع البضع شيء غير
متقوم الى ما هو قيمتها في مثل هذا العقد بدون
التسمية وهو عقد المعوضة اذا كان صحيحا وذلك
مهر المثل فيبطل ما زاد عليه وهذا يقتضي ان هو
لا ينقص مهر المثل اذا زاد على المسمى لا يجب لانعدام
التسمية اي تسمية الزيادة على المسمى فان قلت
هل هذا الا تناقض لانك اسقطت اعتبار التسمية
اذا زادت على مهر المثل ثم اعتبرتها اذا نقصت منه
وهي اذا كانت فاسدة يجب شمول العدم وان كانت
صحيحة يجب شمول الوجوب قلت هي صحيحة
من وجه دون وجه صحيحة من حيث ان المسمى
مال متقوم لان فرض المسئلة فيه فاسدة من حيث
انها وجدت في عقد فاسد فاعتبرنا فاسدها
اذا زادت وصحيحها اذا نقصت لانضمام رضاها اليها
وهذا الحل من خواص هذا الشرح وانما قيدت
المستوفى بقوله بهذا العقد لان الكلام فيه وليلا
ينتقض بالمعوضة فان المستوفى هناك ايضا
ليس بمال ولم يتقوم بالتسمية بل بالعقد وقوله
بخلاف البيع جواب عن قياس زفر وهو واضح
وقوله وعليها العدة يعني في النكاح الفاسد
اذا دخل بها لما ذكرنا ان الخلوة فيه لا تقام مقام الدخول
فلا بد من حقيقة الدخول لوجوب العدة ويعتبر

الجماع في القبل حتى يصير مستوفيا للمعقود عليه وقوله
الحاقا للشبهة بالحقيقة اي الثابت من وجه بالثابت
من كل وجه في موضع الاحتياط وكذا قوله وتحرزا عن
اشتباه النسب تفسير للاحتياط بطريق العطف ويعتبر
ابتداوها من وقت التفريق لا من اخر الوطئات وقال
زفر يعتبر من اخر الوطئات حتى اذا وطئ في النكاح
الفاسد ثم رات ثلاث حيض ثم فرق القاضي تعتد
عندنا وعنده يكون عدتها منقضية وقوله
هو الصحيح احترازا عن قول زفر وقوله
لانها تجب باعتبار شبهة النكاح يعني من حيث
وجود ركنه من الايجاب والقبول وشبهة النكاح
رفعها بالتفريق وقوله التفريق في موضعين
يشير الى انه لابد من تفريق وليس رفع النكاح
موقوفا على تفريق القاضي بل لكل واحد من
الزوجين فسخ هذا النكاح بغير محضر من صاحبه
عند بعض المشايخ وعند بعضهم اذا لم يدخل بها
فكذلك الجواب وان دخل بها فليس لواحد
منهما حق الفسخ الا بمحضر من صاحبه كما في البيع الفاسد
فان لكل من المتعاقدين حق الفسخ بغير محضر من
صاحبه قبل القبض وليس له ذلك بعد القبض
فاما ان يكون التفريق بمعنى الرفع والرافع كل واحد
منهما واما ان يكون وضع المسئلة فيما اذا رفعا
حكمهما الى الحاكم وقوله ويثبت نسب ولدها
ظاهر مما تقدم وقوله ويعتبر مدة النسب
من وقت الدخول عند محمد وقال ابو حنيفة و

وابو

وابو يوسف من وقت النكاح كما في النكاح الصحيح لان
حكم الفاسد يؤخذ من الصحيح والفتوى على قول
محمد لان النكاح الفاسد ليس بداعي الى الوطء والاقامة
باعتباره اي اقامة النكاح مقام الوطء والنكاح
الفاسد ليس بداع اليه فلا يقام مقامه وفي
تعليله هذا اشارة الى فساد قياس ابي حنيفة
وابي يوسف قال ومهر مثلها يعتبر باخواتها
وعماتها اعلم ان مهر المثل يعتبر بعشيرتها
التي من قبل ابيها كالاخوات والعمات وبنات الاعمام
وقال ابن ابي ليلى يعتبر بامها وقوم امها كالخالات
ونحوها لان المهر قيمة بضع النساء فيعتبر بالقرابة
من جهة النساء ولنا قول ابن مسعود لها مهر
المثل مثل نسائها وهن اقارب الاب لانه اضاف
اليها وانما يضاف الى اقارب الاب لان النسب اليه
ولان قيمة الشيء انما يعرف بالرجوع الى قيمة
جنسه والانسان من جنس قوم ابيه لا من
جنس قوم امه الا ترى ان الام قد تكون امة
والابنة قد تكون قرشية تبعا لابيها ولا يعتبر
بامها وخالتها اذا لم يكونا من قبيلتها بان تكون
ابوها تزوج بنت عمه فان امها وخالتها تكون
من قبيلتها وقوله لما بينا اشارة
الى قوله وقيمة الشيء انما يعرف بالنظر في قيمة جنسه
وقوله ويعتبر في مهر المثل ظاهر وقوله
باختلاف الدار اي البلد وحاصله ان مهر المثل
قيمة البضع وقيمة الشيء انما يعرف بالرجوع الى نظيره

باث

Copyright © King Saud University

بعينه والمراد بالسن وقت التزوج واذا ضمن الولي
المهر صح ضمانه يعني اذا زوج الولي بنته وضمن لها
المهر عن الزوج صح لانه من اهل الالتزام وقد اضاف
الضمان الى ما يقبل الضمان وهو المهر لان المهر دين
والكفالة والضمان يصحان فيه فان قلت
يجوز ان يكون مراده ان الولي زوج ابنته الصغيرة
وضمن عنه المهر للمراة قلت ينبو عنه قوله ثم
المراة بالخيار وان كانا في الصحة سوا وذكر في باب
الوليمة من شرح الطحاوي ان الاب اذا زوج الصغير
امراة فللمراة ان تطالب بالمهر من ابي الزوج فيؤدي
الاب من مال ابنه الصغير وان لم يضمن الاب بالتلفظ
صريحا بخلاف الوكيل اذا زوج فانه ليس للمراة
ان تطالب الوكيل بالمهر ما لم يضمن وقوله
ثم المراة بالخيار ظاهر وقوله ويصح ابراؤه
اي ابراء الاب المشتري وكذلك الوصي ويملك هو
قبضه اي يملك الاب قبض الثمن بعد بلوغ الصغير
قوله وولاية قبض المهر للاب بحكم
الابوة جواب عما يقال ان الاب يملك قبض الصداق
ايضا كالوكيل يملك قبض الثمن فلو صح الضمان صار
ضامنا لنفسه وذلك لا يجوز هناك فكذلك في
الاب وقوله وللمراة ان تمنع نفسها اذا
تزوج امراة على مهر فاما ان يكون المهر كله معجلا
او مؤجلا او بعضه معجلا وبعضه مؤجلا فان كان
الكل معجلا فان دخل بها او لم يدخل فان لم يدخل فللمراة
ان تمنع نفسها حتى ياخذ المهر ولها ان تمنعه عن

احدهما

احدهما الى السفر تعين حقها في البدل وهو المهر
كما تعين حقه في المبدل وهو البضع وصار كالبيع
في ان البائع له ان يحبس المبيع حتى ياخذ الثمن
تسوية بين البدلين في التعيين وليس للزوج ان يمنعها
من السفر والخروج عن منزله وزيارة اهلها
حتى يوفيها المهر كله لان حق الحبس لاستيفا
المستحق وليس حق الاستيفا قبل الايفا وان دخل
بها فنذكره وان كان الكل موجلا فاما ان دخل
بها او لم يدخل فليس لها ان تمنع نفسها لانها
اسقطت حقها بالتاجيل وفيه خلاف ابي يوسف
قال موجب النكاح عند الاطلاق تسليم المهر
اولا عينا كان او دينا لكن بقبول الزوج الاجل مع
علمه بموجب العقد فقد رضي بتاخير حقه الى
ان يوفي المهر بعد حلول الاجل وبه فارق البيع
لان تسليم الثمن اولا ليس من موجبات البيع
لا محالة الا ترى ان البيع لو كان مقايضة لم يجب
تسليم احد البدلين اولا فلم يكن المشتري راضيا
بتاخير حقه في المبيع الى ان يوفي الثمن وقوله
لاسقاطها حقها بالتاجيل فاطلاقه يشير الى انه
ليس لها المنع لا قبل حلول الاجل ولا بعده وهو ظاهر
الرواية اما قبل الحلول فظاهر واما بعده فلان هذا
العقد ما اوجب حق الحبس فلا يثبت بعده وفي هذا
الوجه اذا لم يكن لها حق المنع قبل الدخول عند ابي
حنيفة ومحمد فلان لا يكون لها ذلك بعده اولى
وقوله وان دخل بها يعني في الوجه الاول

Copyright © King Saud University

فكذلك الجواب عند ابي حنيفة يعني للمراة ان تمنع
نفسها حتى تاخذ المهر وقالا ليس لها ذلك اذا كان
الدخول برضاها اما اذا كانت مكرهة او صبية او مجنونة
فلا يسقط حقها في الحبس بالاتفاق وعلى هذا
الخلوة بها ان كانت برضاها فعلى الاختلاف وان كانت
بغيره لم يسقط حقها بالاتفاق وينبني على هذا
استحقاق النفقة يستحقها مدة المنع عنده لانه
منع بحق ولا يستحقها عندهما لانها ناشزة لهما ان
المعقود عليه كله قد صار مسلما اليه بالوطئة الواحدة
وبالخلوة ولهذا يتاكد بهما جميع المهر وتسليمه
يبطل حق الحبس كالبايع اذا سلم المبيع وقوله
انما منعت منه جاز ان يكون مناقضة
وتقريره انا لا نسلم ان المعقود عليه كله قد
صار مسلما اليه بالوطئة فانها منعت منه ما قابل
البدل لان كل وطئة تصرف في البضع المحترم والتصرف
فيه لا يخلو عن البدل ابانة لخطره والمنع عما يقابل
البدل صحيح وقوله والتاكيد بالواحدة
انما هو بالوطئة الواحدة جواب عن قولهما ولهذا يتاكد
بها جميع المهر وهو واضح وان كان بعضه معجلا
وبعضه موجلا كان لها ان تخرج قبل اداء المعجل فاذا
لم يكن لها ذلك الا باذنه فان قلت
فان سمى المهر ساكتا عن التعجيل والتاجيل ماذا
يكون حكمه قلت يجب حالا وقد اشار الى ذلك
في دليل ابي يوسف انفا فيكون حكمه حكم ما شرط تعجيله
واذا اوفاها مهرها نقلها الى حيث شاء لقوله تعالى

اسكنوهن

اسكنوهن من حيث سكنتم وقيل لا يخرجها الى بلد
غير بلدها وهو قول الفقيه ابي الليث لان الغريب
يؤذى قال ظهير الدين المرغيناني الاخذ بقول الله
تعالى اولى من الاخذ بقول الفقيه ابي الليث و
ورد بان الفقيه هو الذي اخذ بقول الله تعالى لان
قوله من حيث سكنتم مخصوص بدليل مستقل و
مقارن ولا تضاروهن وفي قرى المصر القريبة لا تتحقق
الغربة سئل ابو القاسم الصفار عمن يخرجها من
المدينة الى القرية ومن القرية الى المدينة فقال
ذلك نقلة وليس بسفر واخراجها من بلد الى بلد
سفر وليس بنقلة قال ومن تزوج امراة
ثم اختلفا في المهر هذه المسئلة على وجوه و
لان الاختلاف اما ان يكون في حياتهما او تختلف
الورثة بعد موتهما او يكون بعد موت احدهما
فان كان في حياتهما فاما ان يكون قبل الطلاق او
بعده وكل ذلك على وجهين اما ان يكون الاختلاف
في اصل التسمية او في مقدار المسمى اما اذا كان
الاختلاف في حال قيام النكاح او بعد الفرقة بعد
الدخول او بعد موت احدهما فالقول قول المراة
الى تمام مهر مثلها او ورثتها والقول قول الزوج
او ورثته في الزيادة في قول ابي حنيفة ومحمد وكلامه
في تحرير المذاهب ظاهر وقوله هو الصحيح
احتراز عن قول بعض مشايخنا في تفسير قول ابي
يوسف ان المراد به ما يكون دون العشرة فانه مستنكر
شرعا لانه لا مهر اقل من عشرة دراهم والاصح ان مراده

ان يدعي شيئا قليلا يعلم انه لا يتزوج مثل تلك المراة
على ذلك عادة فانه ذكر هذا اللفظ في البيع ايضا
اذا اختلفا في الثمن بعد هلاك السلعة القول قول
المشتري الا ان ياتي بشي مستنكر وليس في الثمن تقدير
شرعا وقوله لا يعاد اليه اي الى مهر
المثل وقوله وهو قياس قولهما اي قول
ابي حنيفة ومحمد وانما خصهما بالذكر لان عند ابي
يوسف القول قول الزوج في جميع الصور وقوله
لان المتعة موجبة بعد الطلاق اي موجب العقد
اذا كان الطلاق قبل الدخول كمهر المثل مثله اي قبل
الطلاق فيحكم المتعة بعد الطلاق كمهر المثل قبله هو
وقوله ووجه التوفيق اي بين رواية
الجامع الكبير وبين روايتي المبسوط والجامع الصغير
وهو واضح وقوله فالقول قوله يعني
مع اليمين لان الاصل في الدعاوي ان يكون القول قول
من يشهد له الظاهر مع يمينه وان نكل يقضي عليه
بالفي على درهم كما لو اقر لان النكول اقرار وان
كان الفين فالقول قولها اي مع يمينها لان الزوج
يدعي عليه الحط وهي تنكر فان نكلت يقضي بالف
درهم لانها اقرت بالحط وان حلفت يقضي لها بالفي
درهم بطريق التسمية لاتفاقهما على تسمية الالف والف
باعتبار مهر المثل وفائدة هذا انه يخير الزوج في
هذا الالف ان شاء اعطى الدراهم وان شاء اعطى من
الدراهم وان شاء اعطى الدنانير وايهما اقام البينة في
الوجهين اي فيما اذا شهد مهر المثل للزوج وفيما و

اذا شهد مهر المثل للمراة يقبل وان اقاما البينة ففي
الوجه الاول وهو ما اذا كان مهر المثل شاهدا للزوج
يقبل بينتها لانها تثبت الزيادة وفي الوجه الثاني
وهو ما اذا كان مهر المثل شاهدا للمراة بينته لانها
تثبت الحط والاصل في هذا ان البينة تثبت و
ما ليس بثابت ظاهر وان كان مهر مثلها الفا
وخمسمائة تحالفا لان الزوج يدعي عليها الحط عن مهر
مثلها المثل وهي تنكر والمراة تدعي عليه الزيادة
وهو ينكر وينبغي ان يشرع القاضي بينهما في البداية
لاستوائهما فان نكل الزوج يقضي بالف وخمسمائة
كالوافر بذلك صريحا وان نكلت المراة وجب المسمى
الف لانها اقرت بالحط وان حلفا جميعا وجب الف وخمسمائة
الف بطريق التسمية لا يخير الزوج فيها لاتفاقهما
على تسمية الالف وخمسمائة باعتبار مهر المثل و
يخير فيها الزوج وايهما اقام البينة قبلت بينته
وان اقاما يقضي بالف وخمسمائة الف بطريق
التسمية وخمسمائة باعتبار مهر المثل لان البينتين و
بطلتا لمكان التعارض ونص محمد في هذا الفصل
بينة المراة اولى لاثباتها الزيادة وذكر الامام
المحبوبي بعد ذكر وجوب مهر المثل فيما اذا تحالفا
فقال ثم اذا تحالفا يبدا بيمين الزوج لانه اسبقهما
انكارا وان اقاما البينة فالبينة بينة المراة لانها
تثبت الزيادة والبينة مشروعة للاثبات وهذا
تخريج الرازي وقال الكرخي يتحالفان في الفصول
الثلاثة على قول ابي حنيفة ومحمد وهي ان يكون

Copyright © King Saud University

مهر المثل شاهد له اي شاهد لهما او بينهما لم يرجعا
الى مهر المثل لانهما اتفقا علي اصل التسمية والتسمية
الصحيحة يمنع المصير الي مهر المثل وان حلفا تعذر
التسمية فيحكم مهر المثل قيل قول ابي بكر اصح لان تحكيم
المهر ليس لايجاب مهر المثل وانما هو لمعرفة من يشهد
له الظاهر ثم ان مثل في الدعوي ان القول قول من يشهد
له الظاهر مع يمينه ولو كان الاختلاف في اصل
المسمي بان ادعي احدهما التسمية وانكر الاخر كان القول
قول من ينكر التسمية ويجب مهر المثل بالاجماع
المركب اما عندهما فلانه اصل في التحكيم واما عند
ابي يوسف فلانه تعذر القضا بالمسمي لعدم ثبوت
التسمية للاختلاف فيجب مهر المثل كما لو تزوجها
ولم يسم لها مهرا ولو كان الاختلاف بعد موت احدهما
بين الحي وورثة الميت فالجواب فيه كالجواب
في حياتهما في الاصل والمقدار في الاصل يجب مهر
المثل بعد الدخول والمتعة قبله وفي المقدار عندهما
يحكم مهر المثل لان مهر المثل لا يسقط بموت احدهما
الا ترى الي مسئلة المفوضة اذا مات احدهما
وعنده قول الزوج او ورثته لما تقدم ولو كان
الاختلاف بعد موتهما في المقدار فالقول قول ورثة
الزوج عند ابي حنيفة ولا يستثني القليل خلافا لابي
يوسف فانه يستثنيه كما تقدم وعند محمد الجواب
فيه كالجواب في حالة الحياة يحكم مهر المثل وهو
قياس قول ابي حنيفة لكنه تركه استحسانا لما نذكره
وان كان الاختلاف بعد موتهما في اصل التسمية فعند

ابي

ابي حنيفة القول قول من انكره لا يحكم بمهر المثل لقوله
لما نبينه من بعد اشارة الي قول ابي حنيفة في
المسئلة التي تلي هذه المسئلة واذا مات الزوجان
وقد سمي لها مهرا فلورثتها ان ياخذوا ذلك
من ميراث الزوج وان لم يكن سمي لها مهرا فلا شي
لورثتها عند ابي حنيفة وقالا لورثتها المهر في الوجهين
معناه اي معني قوله لورثتها المهر في الوجهين
المسمي في الوجه الاول وهو ما اذا سمي ومهر المثل
في الوجه الثاني وهو ما اذا لم يسم اما الاول فهو
وجوب المسمي فلان المسمي دين في ذمته اما
بثبوته بالبينة او بالتصادق وقد تاكدت بالموت
فيقضى من تركته اذا علم انهما ماتا معا او لم يعلم
ايهما مات اولا او علم ان الزوج مات اولا واما
اذا علم انها ماتت اولا فيسقط نصيبه من ذلك
واما الثاني فوجه قولهما ان مهر المثل صار دينا في
ذمته كالمسمي فلا يسقط بالموت كما اذا مات
احدهما وهو قياس قوله لكن استحسن فقال
ان موتهما يدل على انقراض اقرانهما فمهر من يقدر
القاضي مهر المثل وهذا يشير الي ان وضع المسئلة
في صورة التقادم وقد روي عنه استدل فقال
ارايت لو ادعي ورثة علي مهر المثل وهذا على علي ورثة
عمر مهرا لام كلثوم اكنت اقضي فيه بشي وهذا لان مهر
المثل يختلف باختلاف الاوقات فاذا تقادم العهد
وانقرض اهل ذلك العصر يتعذر على القاضي الوقوف
علي مقدار مهر المثل وعلي هذا اذا لم يكن العهد

Copyright © King Saud University

متقادمًا بان لم يختلفا بمهر مثلها بعده المراة يقضي بمهر مثلها
ولهما الخ طريقة اخرى وهو ان مهر المثل من حيث هو قيمة
البضع يشبه المسمى ومن حيث انه يجب في مقابلة
ما ليس بمال يشبه الصلة كالنفقة فباعتبار الشبه
الاول لم يسقط فلا يسقط بموت احدهما وباعتبار
الشبه الثاني فيسقط فيسقط بموتهما لان المسقط
تاكد بالموت ومن بعث الي امرأته امراة شيئا طاهر
وقوله فالقول قوله اي مع اليمين فان حلف
والمتاع قايمة فللمراة ان ترد وترجع بما بقي من
المهر وان كان هالكا لم ترجع وقوله لما بينا اشارة
الي قوله وان الظاهر انه يسعى في اسقاط الواجب
وقوله وقيل ما يجب عليه انما قيد بالوجوب
لانه اذا بعث الخف والملاءة كان له ان يحتسب من
المهر لان ذلك لا يجب عليه وقوله وفي
غيره قيل كمتاع البيت **فصل** لما
ذكر احكام النكاح في حق المسلمين وهم الاصول في الشرايع
ذكر من هو تبع لهم في المعاملات احكام النكاح
في الكفار واذا تزوج النصراني نصرانية قيل المراد
بهما الذمي والذمية ولهذا ذكر في المبسوط بلفظ
الذمي وقوله يجوز ان يكون اطلقه ليتناول
المستامن ايضا وذلك في دينهم اي النكاح بغير مهر
جايز والواو للحال فليس لها مهر وان اسلما وكذلك
الحربيان في دار الحرب وهذا اي عدم وجوب المهر
في الذميين والحربيين عند ابي حنيفة ووافقاه
في الحربيين واما في الذمية فان دخل بها او مات

عنها

ههنا عنها فلها مهر المثل وان طلقها قبل الدخول بها
فلها المتعة وخالفه زفر في الحربيين ايضا وقال
الشرع ما شرع ابتغاء النكاح الا بالمال لقوله ان تبتغوا
باموالكم وهذا الشرع وقع عاما لان النكاح من باب
المعاملات والكفار مخاطبون بالمعاملات فيثبت الحكم
علي العموم وحاصل كلامه المشروع في باب
النكاح ابتغاؤه بالمال علي العموم وكل ما كان كذلك
يثبت حكمه علي العموم وقالا اهل الحرب لم يلتزموا
احكام الاسلام وهو ظاهر فلا يكون الحكم عليهم الا
بالالتزام ولا الزام الا بالولاية وقد انقطعت الولاية
بتباين الدارين بخلاف اهل الذمة لانهم التزموا احكامنا منا
فيما يرجع الي المعاملات لان الالتزام بعقد وقد
وجد منهم وكان كالزنا والربا فانهم ينهون عن
ذلك ويقام عليهم الحدود ولئن سلمنا انهم لم يلتزموا
لكن ولاية الالزام متحققة لاتحاد الدار ولابي حنيفة
ان اهل الذمة لا يلتزمون احكامنا في الديانات
كالصوم والصلاة وفيما يعتقدون خلافه من المعاملات
ايضا كبيع الخمر والخنزير وولاية الالزام بالسيف والمحاجة
ليست بموجودة لانقطاعها عنهم بعقد الذمة و
فانا امرنا ان نتركهم وما يدينون فصاروا كاهل الحرب
في عدم الالتزام وانقطاع الولاية وقوله وبخلاف
الربا جواب عن قولهما كالزنا والربا ووجهه ان
الزنا حرام في جميع الاديان فلم يكن دينهم حتي يتركون
عليه والربا مستثني عن عقودهم بقوله عليه السلام
الا من اربي فليس بيننا وبينه عهد الا حرف تنبيه لا استثنا

كذا التسع والسبع وقوله في الكتاب اي قول محمد في
الجامع الصغير وقد عبا في الميتة والسكوت واتيان
يعني عن ابي حنيفة في رواية يجب مهر المثل كما قالا
وفي رواية لا يجب شي وعلي هذه الرواية لا يحتاج
الي فرق واما علي الرواية الاخري وهو رواية الاصل
فيحتاج الي الفرق بين النفي والسكوت وهو ان النكاح
معاوضة البضع بالمال فالتنصيص عليه بمنزلة اشتراط
العوض يكون العوض مستحقا لها واما الميتة فانها ليست
بمتقومة عند احد فكان التزوج عليها كالنفي وهو
مختار شمس الاسلام من الروايتين ووجه الرواية
الاخري ان اهل الذمة يدينون بقومها لم يدخلوا تحت قوله
عليه السلام اتركوهم وما يدينون فيجب حكم الشرع ثم
والاصحاب الكل علي الخلاف عنده لا يجب شي وعندهما
يجب مهر المثل وقوله فان تزوج الذمي
ذمية ظاهر وقوله وهذا كله اي كل ما ذكره هو
ما كانا معينين او غير معينين عند ابي حنيفة وقال
ابو يوسف لها مهر المثل في الوجهين اي في المعين و
غير المعين وقال محمد لها القيمة في الوجهين وجه
قولهما انما جمع بين قولهما وان كانا مختلفين فيما بينهما
حيث قال ابو يوسف فيهما بمهر المثل ومحمد قال فيهما
بالقيمة دون مهر المثل غير قيمة الخمر والخنزير لانهما
يتفقان في ان لا يوجبا عين الخمر والخنزير ان القبض
موكد للملك في المقبوض ولهذا يتنصف الصداق بالطلاق
قبل الدخول اذا لم يكن مقبوضا وبعد القبض لا يعود الي
ملك الزوج شي الا بالرضا او بالقضا واذا مر يوم الفطر

والصداق

والصداق عبد غير مقبوض ثم طلقها قبل الدخول بها
لا تجب صدقة الفطر عليها بخلاف ما بعد القبض ولا
يجب الزكاة عليها عند ابي حنيفة في المهر قبل
القبض بخلاف ما بعده والموكد للملك شبيه بالعقد
لافادته ما لم يكن فيمتنع القبض بسبب الاسلام
كما لو كان ابتدا التمليك بالعقد بعد الاسلام الحاقا
لشبهة العقد بحقيقته في الحرمات وصار كما اذا كانا
غير اعيانهما لان القبض فيه كالعقد فيما اذا كانا
[illegible] اعيانهما في افادة ما لم يكن والقبض فيما اذا كانا
بغير اعيانهما [illegible] يمنع عن تسلم نفسهما فكذلك فيما
اذا كانا باعيانهما كالعقد واذا التحقت حالة القبض
بحالة العقد فابو يوسف يقول لو كانا مسلمين وقت
العقد وجب مهر المثل فكذلك ههنا ووجه محمد
ظاهر ووجه قول ابي حنيفة ان الملك في الصداق
المعين يتم بنفس العقد ولهذا يملك التصرف فيه
ولو هلك هلك عليها [illegible] وكل ما تم بنفس العقد
لا يحتاج فيه الي القبض للتمليك وبالقبض ينتقل
الملك من ضمان الزوج الي ضمانها وذلك اي الانتقال
لا يمتنع بالاسلام كاسترداد المغصوبة واما في
الصداق الغير المعين فالقبض فيه لا يتم به الملك لانه
يفيد وجوب الدين في ذمته والقبض يوجب
ملك العين فيمتنع بالاسلام عن تملك الخمر والخنزير
وقوله بخلاف المشتري متصل بقوله ان الملك
في الصداق المعين الي اخره يعني بخلاف ما اذا باع الخمر او
الخنزير ذمي او مشتري ثم اسلم قبل القبض فانه لا يجوز له

القبض بل ينفسخ العقد لان المبيع يستفاد ملك التصرف
فيه بعد القبض لا قبله والاسلام مانع منه وقوله
واذا تعذر القبض في غير المعين ظاهر وقوله
ولو طلقها الى اخره يعني قول ابي حنيفة في العين لها
نصف العين وفي غير العين في الخمر لها نصف القيمة وفي
الخنزير لها المتعة لانه مهر المثل لا يتنصف بالطلاق قبل
الدخول بل في كل موضع كان الواجب مهر المثل قبل الطلاق
فالواجب المتعة بعد الطلاق وعند ابي يوسف لها هو
المتعة على كل حال وعند محمد لها بعد الطلاق نصف
القيمة على كل حال

باب نكاح الرقيق

لما فرغ من بيان نكاح من له اهلية النكاح من غير
توقف من المسلمين وغيرهم شرع في بيان نكاح
من ليس له ذلك وهو الرقيق والرقيق المملوك
يطلق على الواحد والجمع لا يجوز نكاح العبد والامة
الا باذن مولاهما اما الامة فظاهر ولان منافع بضعها
ملك المولى فلا يصح العقد عليها بدون اذنه واما
العبد ففيه خلاف مالك فانه يجوز نكاحه بدون
اذنه لانه يملك الطلاق فيملك النكاح لان الطلاق
بسبب النكاح ومن ملك شيئا ملك سببه الموصل
اليه ولنا قوله عليه السلام ايما عبد تزوج
بغير اذن مولاه فهو عاهر رواه ابو داود واحمد
والترمذي وقال هذا حديث حسن ولان في تنفيذ
نكاحهما تعييبهما اذ النكاح عيب فيهما ولهذا اذا اشترى
عبدا او امة فظهر متزوجا كان له ان يرده وليس لهما
تعييب انفسهما رعاية لحق المولى فلا يملكانه بدون

اذنه

اذنه وفي هذا التعليل جواب لمالك فان الطلاق ازالة
العيب ولا يلزم من جواز ازالته للعيب جواز تعييبهما
انفسهما واستشكل بجواز اقراره بالحدود والقصاص
فان وجوب قطع اليد في السرقة ووجوب القصاص
عيب فيهما على قولهما واما على قول ابي حنيفة
فيميز له الاستحقاق وهو ايضا اقوى العيوب فكيف
جاز له ذلك واجيب بان الرقيق في حقوق الله
باق على حريته فالرق لا يوثر فيهما فان لزم
من ذلك تعييب فهو ضمني لا معتبر به وموضعه
الاصول وقوله وكذا المكاتبة ظاهر وقوله
لما بينا يعني قوله لانه من باب الاكتساب
وقوله فالمهر دين في رقبته يباع فيه لما عرف
في الاصول ان ذمته قد ضعفت بالرق فضم اليه
مالية الرقبة واستدل المصنف بقوله لان هذا دين
وجب في رقبته وهو دليل قوله يباع فيه دون
ما قبله لئلا يلزم المصادرة على المطلوب وتقريره
هذا دين وجب في رقبته وكل دين وجب في الرقبة
يباع الرقبة فيه اما انه وجب فلتحقق المقتضي
وهو وجود السبب من اهله وانتفاء المانع وهو
حق المولى لصدوره بالاذن من جهته واما انه
وجب في الرقبة فلدفع المضرة عن اصحاب الديون
كما في دين التجارة فيباع الرقبة في المهر كما يباع
فيه وقوله دفعا للمضرة عن اصحاب الديون
يعني النساء وقوله فيسقط هذه الاجازة لانه
اخي قوله طلقها او فارقها يحتمل الرد لان رد هذا

العقد ومتاركته تسمى طلاقا ومفارقة الاولى انه لو قال
في النكاح الفاسد طلقتك كان متاركة واذا احتمل
الامرين رجحنا جهة المتاركة لانه الليق بحال
العبد المتمرد وقوله او هو اي الرد ادنى
لانه دفع والطلاق رفع والدفع اسهل من الرفع
فكان الحمل عليه اولى فان قيل قوله طلقها حقيقة
في ايقاع الطلاق المعروف ومجاز في المتاركة والحمل
بالحقيقة ممكن فكيف صار الى المجاز اجيب بان الحقيقة
قد تترك بدلالة الحال وهذا كذلك وهي
الافتيات على راي المولى وان قال طلقها تطليقة
رجعية او تطليقة تملك الرجعة فهذا اجازة لان
الطلاق الرجعي لا يكون الا في نكاح صحيح فتتعين
الاجازة فان قيل اذا قال المولى كفر عن يمينك
بالمال او تزوج اربعا من النسا لا يثبت به العتق
فان كان التكفير بالمال او تزوج الاربع من النسا
لا يكون الا بعد الحرية اجيب بان صحة ذلك اصلا في
اثبات الاهلية للمتصرف فان الرق [illegible] ههنا
كالايمان في خطاب الكفار بالشرايع كما عرف في الاصول
وفي اثبات الاعتاق ذلك بخلاف ما نحن فيه
فان النكاح ليس باصل في اثبات الاهلية له وقوله
ومن قال لعبده تزوج هذه الامة صورة المسئلة
والاصل المذكور ظاهر وتقييده بالامة [illegible]
اتفاقي فان الحكم في غير المعينة وفي غير الامة كذلك
ويبتنى على هذا الاصل المذكور حكمان احدهما
ما ذكره انه يباع في المهر عنده ولا يباع عندهما

والثاني

والثاني انه اذا تزوجها بوصف الصحة بعده لكن
لا يصح عند ابي حنيفة لانصراف الاذن بالعقد الاول
ويصح عندهما ووجه الجانبين على الوجه المذكور
في الكتاب ظاهر وانما قيد بالمستقبل لانه لو حلف
انه ما تزوج امراة في الماضي وكان تزوج صحيحا
او فاسدا حنث في يمينه كذا في المبسوط وقوله
كما في البيع يعني انه اذا امره بالبيع يتناول الجائز
والفاسد وقوله على هذه الطريقة يريد
طريقة اجراء اللفظ المطلق على اطلاقه ولئن كان
قول الكل فالعذر لابي حنيفة ان مبنى الايمان
على العرف ومن زوج عبدا ماذونا له مديونا
امراة جاز والمراة اسوة الغرماء اذا كان النكاح
بمهر المثل لما ذكر في الكتاب ووجهه ونقرره لان
المقتضي موجود وهو ولاية المولى لتحقق سببها
وهو ملك الرقبة والمانع وهو ملاقاة النكاح
حق الغرماء بالابطال مفقود منتف واذا تحقق
المقتضي وانتفى المانع ثبت الحكم البتة واما قال
فهو لان المانعية انما يتحقق بذلك واما
اذا كان صحيحا فلا معتبر به وههنا كذلك لان
محلية النكاح بالادمية وحق الغرما لا يلاقيهما
لكن اذا صح النكاح بولاية المولى تحصينا لملكه وجب
الدين بسبب لا مرد له لعدم انفكاك النكاح عن
ثبوت المال فكان كدين الاستهلاك وصار كالمريض
المديون اذا تزوج امراة بمهر مثلها اسوة الغرما
واما اذا كان اكثر منه فلا تساويهم [illegible]

استحقاقهم حقهم كدين الصحة مع دين المرض ه
قال ومن زوج امته بوات للرجل منزلا و
بواته منزلا اي هيأته ومكنت له فيه ومن
زوج امته فليس عليه ان يبوءها اي يهيئها
بيتا للزوج يبيت اليها لكنها تخدم المولى ويقال للزوج
متى ظفرت بها وطئتها وانما يقال ذلك ليتحقق
التسليم وكلامه واضح وحاصله ان حق المولى
ثابت في الرقبة والمنافع سوى منفعة البضع
وحق الزوج انما هو فيها والا يلزم ابطال الكثير
للقليل لامكان تحصيله من غير ابطال الكثير فله
ان يبوءها وان لا يبوءها وان يستخدمها بعد
التبوية لكنه يسقط نفقتها لما اشار اليه بقوله
لان النفقة بمقابلة الاحتباس فان قيل انتفا
الاحتباس انما هو لاستيفاء حق المولى في الاستخدام
ومثل ذلك لا يسقط النفقة كالحرة اذا حبست
نفسها عنه لاستيفاء الصداق اجيب بان
الحرة اذا حبست نفسها لذلك فالتفويت من
قبل الزوج بامتناعه ايفاء ما التزمه وههنا و
ليس من جهة الزوج بل من جهة من له الحق
وهو المولى فكانت كالمحبوسة بالدين لا نفقة لها
فان بواها معه بيتا فولدت من الزوج لم يكن عليه
نفقة الولد لانه مملوك لمولاها ونفقة المملوك
على المالك قوله ذكر تزوج المولى يعني
ذكر محمد في الجامع الصغير تزويج المولى عبده و
وامته ولم يذكر رضاهما وهذا راجع الى مذهبنا و

اذ

اذ للمولى اجبارها على النكاح ومعنى الاجبار ان
المولى لو باشر النكاح بدون رضاهما نفذ عليها
وقوله لان فيه تحصينه عن الزنا الذي
الذي هو سبب الهلاك والنقصان بعقوبته اذا
حد زنا يقع الحد مهلكا او جارحا ففي الاول ه
هلاك ماله وفي الثاني نقصانه فانه اذا اشترى
عبدا قد حد في الزنا فله ان يرده فيملك ه
الانكاح جبرا اعتبارا بالامة والجامع قيام سبب
الولاية وهو ملك الرقبة وتحصين ملكه عن
الزنا الموجب للهلاك او النقصان وليس المناط
في جواز انكاح الامة جبرا تملك منافع بضعها لانه
لا يطرد مع الاجبار ولا ينعكس فان الزوج يملك
منافع بضع المراة ولا يقدر على تزويجها والولي
يملك تزويج الصغيرة ولا يملك منافع بضعها فكان
التعليل به فاسدا فان قيل لو كان الاجبار
باعتبار تحصين الملك لجاز في المكاتب والمكاتبة
ولم يجز اجاب بقوله بخلاف المكاتب والمكاتبة
فان المكاتب لا يكون فيهما نافعا لا سيما يملكها اليد
الحقا بالاحرار تصرفا فيشترط رضاهما وههنا
نوع لطيفة وهو ان المولى اذا زوج مكاتبته توقف
النكاح على اجازتها لانها ملحقة بالاحرار فيما
يبتني على الكتابة ثم انها لو لم ترد حتى ادت بدل
الكتابة عتقت يبقى النكاح موقوفا على اجازة المولى
لا اجازتها لانها بعد العتق لم تبق مكاتبة وهي صغيرة
والصغيرة ليست من اهل الاجازة فكان في النهاية

Copyright © King Saud University

وهذه من الطف المسائل واعجبها حيث اعتبر اجازة
المكاتبة في حال رقها ولم يعتبر في حالة العتق لما ذكرناه
من الفرق ومن زوج امته فماتت قبل الدخول بها
فان ماتت حتف انفها فعلى الزوج المهر بالاتفاق
وان قتلها اجنبي فكذلك وان قتلها مولاها فكذلك
عندهما وعند ابي حنيفة لا مهر عليه للمولى قالا لان
المقتول ميت باجله عند اهل الحق فلا فرق بين
الصور الثلاث وله ان المولى منع المبدل قبل التسليم
فيجازى بمنع البدل كما اذا ارتدت الحرة يجازى
بمنع البدل عند عدم تسليمها المبدل وفي قوله
يجازى اشارة الى الجواب عما يقال الصغيرة اذا
ارتضعت من ام زوجها او المجنونة اذا قبلت ابن زوجها
بشهوة قبل الدخول منعتا المبدل قبل التسليم حيث
بانتا منه ولم يسقط المهر وذلك لانهما ليستا
من اهل المجازاة ونوقض بالصغيرة الا انها اذا
ارتدت قبل الدخول تجازى بسقوط المهر فلم يناف
الصغر المجازاة واجيب بان ترك مجازاة
الصغر انما يكون على افعال غير محظورة في حقها
والردة محظورة اذا كانت عاقلة بدليل انها تحرم
الميراث بسببها وتستتاب بالحبس وقوله
والقتل في احكام الدنيا جواب عن قولهما لان الميت
مقتول باجله فان قتلت حرة نفسها قبل
الدخول بها فلها المهر خلافا لزفر وهو يعتبره بالردة
وقتل المولى امته لما بينا من الجامع من انه منع المبدل
قبل التسليم وقوله ولنا ان جناية المرأة ظاهر

قوله

قوله حتى يجب الكفارة عليه يعني اذا قتلها خطأ
وكذلك يجب الضمان على المولى ان كان عليها دين و
قال واذا تزوج امة فالاذن في العزل الى المولى
في هذه المسألة دلالة على جواز العزل وسئل
ابن مسعود رضي الله عنه فقال لا باس به ولو ان
الله تعالى اخذ ميثاق نسمة فلو القيتها في صخرة
لجاءت فيها وروى ابو سعيد الخدري عن النبي
صلى الله عليه وسلم مثله وهو ثلاثة عزل عن
امته المملوكة له ولا اذن فيه الى احد وعزل عن
المرأة الحرة والاذن في العزل اليها وهذان بالاتفاق
وعزل عن الامة المنكوحة وفي تعيين الاذن
اختلاف كما ذكره في الكتاب وهو واضح وان تزوجت
باذن مولاها او زوجها مولاها ثم اعتقت فلها
الخيار ان شاءت اقامت معه وان شاءت فارقته
سواء كان زوجها حرا او عبدا وقال الشافعي ان كان
عبدا فلها الخيار وان كان حرا فلا خيار لها واستدل
على ذلك بما روي ان عائشة لما ارادت ان تعتق
مملوكين لها متناكحين سألت النبي صلى الله عليه وسلم
عن ذلك فامرها بالبداءة بالغلام قال وانما امرها
بذلك لئلا يثبت لها الخيار ولان الخيار
فيما اذا كان عبدا لعدم الكفاءة وهي موجودة
في الحر ولنا ان عائشة اعتقت بريرة فقال
لها رسول الله صلى الله عليه وسلم ملكت بضعك فاختاري
والتعليل بملك البضع صدر مطلقا فيستقيم في الحر
والعبد وانما قال فالتعليل لانه من باب قوله سهى

Copyright © King Saud University

فعند الشافعي محجوج به فان قيل روى صاحب السنن
باسناده الى عبد الرحمن بن قاسم عن ابيه عن عايشة ان
بريرة خيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان زوجها
عبدا وروى ايضا باسناده الى عكرمة عن ابن عباس
ان زوج بريرة عبدا اسود يسمى مغيثا فخيرها رسول
الله صلى الله عليه وسلم وامرها ان تعتد فانى يكون
الشافعي به محجوجا قلنا روى البخاري ومسلم
وابوداود ايضا والنسائي والترمذي وابن ماجه
واحمد ان بريرة اعتقت وزوجها حر واذا تعارضت
الروايتان تركناهما وصرنا الى ما دل عليه لفظ
الحديث على ما ذكرنا فكان محجوجا به وقد سلك اذا
مسلك الترجيح في المغني بان المثبت اولى من النافي
فيطالب ثمة وقوله لانه يزداد الملك دليل
معقول وقد تقدم بيانه ورد بان عدد الطلاق
عنده معتبرة بالرجال فلا يزيد عليها الملك اذا
كان الزوج واجيب بان كونها معتبرا بالنسا
ثابت بدليل قوي على ما سيجي فيلزم عليها الزيادة
اذا اعتقت وان كان حرا ولا نسلم ان امره عليه
السلام بالبداة بالغلام كونه وانما كان لاظهار
فضيلة الرجال على النسا فانها لو اعتقها ثبت
الخيار لها [illegible] وكيف يثبت الخيار في العبد
لعدم الكفاءة فان الكفاءة شرط زوال الابتدا دون البقا
الا ترى ان الزوج ان اعسر حتى خرج عن كفائتها لم يكن
لها خيار وانما الخيار لزيادة الملك عليها ولا فرق
في ذلك بين الحر والعبد وكذلك المكاتبة يعني اذا تزوجت

باذن

باذن مولاها ثم اعتقت كان لها الخيار سوا كان الزوج
حرا او عبدا لزيادة الملك عليها وقال زفر لا خيار
لها لان ثبوت الخيار لزوال الامة لنعقود العقد بغير
رضاها وسلامة المهر لمولاها وهذا غير موجود
هاهنا فان المهر لها والنكاح ما نفذ الا برضاها
ودليلنا فيه ظاهر مما تقدم فان تزوجت امة
بغير اذن مولاها ثم اعتقت صح النكاح ولا خيار لها
اما صحة النكاح فلوجود المقتضي لعدم الركن الذي
هو الايجاب والقبول من اهله لكونهما من اهل العبارة
فلا يتحقق زيادة الملك كما لو تزوجت نفسها بعد
العتق والحكم في العبد كذلك وانما خصص الامة
بالذكر ليبني المسئلة المتعلقة بالمهر عليها لانها
لا يتاتى في حق العبد ويجوز ان يكون تخصيصه
[illegible] ليتفرع مسئلة الخيار عليها لانها تختص
بالاماء دون العبيد وقوله فان كانت تزوجته
بغير اذنه ظاهر وانما قال في صورة المسئلة
بان المسمى الف ومهر المثل مائة ليعلم ان المسمى وان
زاد على مهر المثل فهو للمولى اذا كان الدخول من
قبل العتق وكان ينبغي ان يكون ما يوازي مهر المثل
للمولى وما زاد للمراة لان مهر المثل قيمة البضع
من كل وجه دون الزائد عليه والبضع ملك المولى
فكان قيمته له لا الزائد على قيمة ملكه وهو اخذ مو
ما ذكر في الكتاب بقوله والمراد بالالف المسمى
لان نفاذ العقد بالعتق استند الى وقت وجود العقد
فصحت التسمية ووجب المسمى للمولى فان اعتقها بعد الدخول

Copyright © King Saud University

ولامة ان اعتقها قبله فان قيل كيف يستند الجواز
الى وقت العقد والمانع عن الاستناد قائم لان المانع
من الجواز وهو الملك والملك قد زال بالعتق مقتضى
الا ترى ان الامة اذا حرمت حرمة غليظة على زوج
كان لها قبل ذلك وتزوجت بغيره ان المولى قد دخل
فاعتقها المولى لا تحل على زوجها الاول باعتبار ان
العقد غير معتبر في حق هذا الدخول الذي كان و
قبل العتق اجيب بان ما ذكرته قياس و
فان القياس يقول ان يلزمه مهران مهر بالدخول
قبل نفاذ النكاح وهو مهر المثل ومهر المسمى لما
ذكرت من وجود المانع عن الاستناد الا انهم استحسنوا
فقالوا يلزمه مهر واحد وهو المسمى وقت العقد
لانه لو وجب مهر بالدخول لوجب بحكم العقد اذ لولاه
لوجب الحد فكان المهر واجبا بالدخول مضافا
الى العقد وايجاب مهرين بالعقد جمع بين المهرين
بعقد واحد وهو ممتنع وهذا كما ترى لا يدفع
المانع من الاستناد على ما ذكره من المسائل لم ...
والاولى ان يقال ليس المانع من الاستناد الاستحقاق
الملك وانما هو الحاجة الى الصيانة عن الاضرار بالمولى
فمتى اعتقها المولى وقد حصل هذا النكاح من ...
الاضرار بالمولى من وقت وجوده فيثبت الجواز
من ذلك الوقت ومهر من ... ولهذا لم
يجب مهر اخر بالوطي في نكاح موقوف الى اجازته
واجيب عن ... بان الحرمة الغليظة
فان امتناع حلها على زوجها الاول لما كان لذلك

الاستناد

الاستناد ... يظهر في القائم لا في المتلاشي والمستوفى بالوطي
متلاشي فان قيل القول بالاستناد ينتقض
بالمسألة الثامنة وهي قوله وان لم يدخل بها حتى
اعتقها فالمهر لها ولو استند الجواز الى اصل العقد
يجب ان يكون المهر للمولى كما لو تزوجت باذن المولى
وان لم يدخل بها الزوج حتى اعتقها اجيب
بان حكم الاستناد يظهر فيما لا يختلف مستحقه لا فيما
يختلف وههنا يختلف لان المستحق زمان الثبوت
هو الامة وزمان العقد هو المولى فلما كان المستحق
زمان الثبوت هو الامة امتنع استناد هذا الاستحقاق
الى زمان العقد لانه لو استند هذا الاستحقاق
الى زمان العقد يبطل هذا الاستحقاق في زمان
الثبوت فبطل الاستناد من حيث يثبت قال
ومن وطي امة ابنه ... جارية ابنه
فولدت ... فادعاه ... ثبت نسبه منه وصارت ام ولد له وعليه قيمتها
دون المهر ... قال ومعنى المسألة ان يدعيه
الاب ولا بنكاح ... في الجامع الصغير
ووجهه ان له ان يتملك مال ابنه للحاجة
الى البقاء ... عن عائشة ان رسول الله صلى
الله عليه وسلم قال ان ... الرجل من كسبه فكلوا من
اموالكم وروى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده
ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ان اولادكم من اطيب
كسبكم فكلوا من كسب اولادكم ... وكل من ...
... ماله ... للحاجة الى ... ولا يتملك
جاريته للحاجة الى صيانة الماء فان قيل لو كان صيانة

الماليتا النفس لما وجب عليه القيمة كما في الطعام اجاب
بقوله يحمل ان الحاجة الى ابقا نسله دونها الى ابقا نفسه
ولهذا لا يجبر الولد على اعطا الجارية والده للاستيلاد
لكونه غير ضروري فلهذا يتملك الجارية بالقيمة والطعام
بغير القيمة فان عورض بان الاستيلاد يستدعي الملك كما
في المملوكة او حق الملك كما في المكاتبة وليس شي من ذلك
بموجود اجاب بقوله ثم هذا الملك يثبت
قبل الاستيلاد شرطا له اذ المصحح حقيقة الاستيلاد اما
حقيقة الملك او حقه على ما ذكرنا وكل ذلك غير ثابت
فيها حتى يجوز له التزوج بها فلا بد من تقديمه لانه
بعد ما علق الولد احتاج الى صيانته عن الضياع
وذلك بثبوت النسب ولا ثبوت له بدون ذلك فقدم
اقتضا لتقدم الشرط على المشروط واذا تقدم كان الوطي
واقعا في ملكه فلا يلزمه العقر وقال زفر والشافعي
يجب المهر لانهما يثبتان الملك حكما للاستيلاد فانه
شرط الاصحاب بهذا الوطي ولو كان [illegible] سابقا
[illegible] فاخذه وقاساه بالجارية المشتركة
فانه اذا استولدها وجب عليه العقر والمسئلة
معروفة بعين في شرح الجامع الصغير وشرط
الملك عندنا يثبت قبيل الاستيلاد شرطا وعنده
بعده حكما له والذي ذهب اليه هو الصواب
لانا قد اتفقنا على ان الاستيلاد اذا كان جارية
ولده صحيح من شرط صحته وقوع الوطي في الملك
حتى لو خلا عنه لم يصح كما في جارية الاجنبي
فلا بد من تقديمه صيانة لفعله عن الحرمة وصيانة

للولد

للولد عن الرق وعورض بان الجارية المشتركة
بين الاب والابن اذا ولدت فادعاه الاب
يثبت النسب ويجب العقر مع قيام نوع ملك وذلك
يدل على ان الملك لم يثبت سابقا على الوطي وبانه
اذا وطي غير معلق وجب العقر ولو ثبت الملك قبله
لما وجب وبانه اذا قذفه انسان لا يحد ولو ثبت الملك
قبله لحد واجيب عن الاولى بان المعدم للملك اقترانه
عن وقوع الاستيلاد في غير الملك حكما وفي تلك المسئلة
نوع من الملك قائم فلا يحتاج الى تقديمه وعن الثانية
بان اثبات الملك بصفة التقدم كان لصيانة فعله عن
الحرمة وصيانة الولد عن الرق وفيه المجموع ليس
بموجود ههنا وعن الثالثة بان تقدم الملك اجتهادي
فكان فيه شبهة تندرئ بها الحد ولو كان الولد زوج
جارية ابنه اي ابن الولد فولدت لم تصر ام ولد له ولا
قيمة عليه وعليه المهر وولده حر لكونه صح التزوج
عندنا وقال الشافعي لا يصح لان [illegible] حق الملك
في مال ابنه حتى لو وطي جاريته [illegible] عليه
الحد [illegible] وكل من له حق الملك في جارية لو
لا يجوز تزوجه اياها كالمولى اذا تزوج امة من
كسب مكاتبه لان حق الملك فيها ولنا ان الظاهر الا
نرى ان استيلاده جارية الابن صحيح واستيلاد
المولى امة مكاتبه غير صحيح ولنا ان امة الابن
خالية عن ملك الاب لان الابن ملكها من كل وجه
بدلالة حل الوطي ونفاذ العتق وصحة البيع والرهن
والهبة فمن المحال ان يملكها الاب من وجه من الوجوه

Copyright © King Saud University

قال لما كان الابن ملكهما من كل وجه وذلك حلول بالعلل
ولذا يملك الابن من التصرفات ما لا يبقى معه ملك
الاب لو كان قد د على انتفا ملكه وقوله
الا انه يسقط الحد للشبهة جواب عن قوله المقدم
لو وطي جارية ابنه عالما بحرمتها عليه لم يحد ولم يذكره في
الكتاب واذا كانت خالية عن ملكه صح النكاح واذا
صح النكاح صار ماوه مصونا به فلم يثبت ملك اليمين لعدم
الحاجة اليه فلا تصير ام ولده وقال زفر تصير ام
و[illegible] لانه لو استولدها بغير نكاح صارت ام ولد له فاذا
استولدها بنكاح او شبهة نكاح اولى لان تصير ام
ولده [illegible] صار مصونا بالنكاح فلا
[illegible] لم يكن الا صيانة
الماء وقوله [illegible] ولا قيمة عليه في طاهر قوله
[illegible] اقدام [illegible]
وقوله [illegible] عن [illegible]
وقوله [illegible]
عبدك [illegible]
يطا [illegible] عن عبد الامر
عنه [illegible] لم [illegible]
فاعتق [illegible] لو صرح بالبيع لم يقع
[illegible] فلهذا كونه المقتضي
اقوى [illegible] باب العشر
[illegible] الا [illegible]
الا [illegible] لا [illegible] اذا ثبت الملك
[illegible] الملكين على [illegible]

في

في فصل المحرمات عند قوله ولا يتزوج المولى ولا المراة
عبدها فان قيل وجب ان لا يبطل النكاح ههنا
وان ثبت ملك اليمين لوجهين احدهما ان الملك
ثابت ههنا بطريق الاقتضا والثابت به ضروري
يثبت ضرورة صحة العتق فلا يتعدى الى فساد النكاح
والثاني ان الملك هنا لما يثبت [illegible] حكم الاعتاق
ومثله لا يفسد النكاح كما لو وكيل بالشرا اذا اشترى
منكوحته [illegible] لا يفسد النكاح لان النكاح [illegible]
[illegible] الاول بان الشي اذا ثبت [illegible]
بجميع لوازمه وفساد النكاح لازم من لوازم الملك
اللازم [illegible] ولازم اللازم [illegible]
الملك يثبت للموكل [illegible]
[illegible] الملك يثبت للوكيل [illegible]
[illegible] النكاح [illegible]
[illegible] وقوله
[illegible]
[illegible]
[illegible] الاعتبار
[illegible] بان [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
بالنص وهو قوله [illegible]
فلا يكون [illegible] وقوله [illegible]

اسقاطه ولا اثباته اشارة الى ان فيه طريقين احدهما
ان يسقط الغير كما يسقط العقول فلا يمكن ان يكون
ثابتا في ضمن قوله اعتق هذا بالنسبة الى الاثبات
واما بالنسبة الى الاسقاط فيقال لانه فعل حسي والفعل
الحسي لا يمكن اعتبار سقوطه بخلاف البيع فانه تصرف
شرعي فيصح ان يثبت في ضمنه وقوله وهي
تلك المسئلة اي مسئلة الامر بالاطعام الغير بدون
عن الامر في الغير كما تعين في باب الزكاة لا يتوقف
قبضه عن الله تعالى ثم يصير قابضا لنفسه اما
العبد فلا يقع في يده شي لانه الاعتاق اتلاف للملك
وتمام تقرير هذه المسئلة يطلب في التقرير فقط

باب نكاح اهل الشرك

لما ذكر باب الرقيق لمناسبة انه ذكر بعد ذكر من هو ادون منزلة واخس
منهم رتبة وهم اهل الشرك الذين لا كتاب لهم واذا
تزوج الكافر بغير شهود او في عدة كافر وذلك في
دينهم جائز ثم اسلما اقرا عليه قيد بعدة كافر لانه
لو كان في عدة مسلم كان النكاح فاسدا بالاجماع
كما قيل وفيه نظر لان كلامنا في اهل الشرك ولا
يجوز للمسلم نكاح المشركة حتى يكون في عدته ويكون
ان تصور بان اشركت بعد الطلاق والعياذ بالله وهي
في عدة المسلم وهذا عند ابي حنيفة وقال زفر هو
النكاح فاسد في الوجهين الا انه لا يتعرض لهم قبل الاسلام
والمرافعة الى الحكام وقال ابو يوسف ومحمد في الوجه
الاول وهو التزوج بغير شهود كما قال ابو حنيفة
وفي الوجه الثاني وهو التزوج في عدة الكافر كما

قال

قال زفر الخطاب لقوله صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا
بشهود ونحوه عامة كما مر من قبل فيلزمهم وانما لا نتعرض
لهم لذمتهم اعراضا كما تركناهم وعبادة الصنم اعراضا
لا تقريرا فاذا ترافعوا او اسلموا والحرمة قائمة
وجب التفريق عملا بقوله تعالى وان احكم بينهم
بما انزل الله ولا تتبع اهواءهم ولهما ان حرمة
المعتدة مجمع عليها فكانوا ملتزمين لها وحرمة
النكاح بغير شهود مختلف فيها فان مالكا وابن ابي
ليلى يجوزانه ولم يلتزموا احكامنا بجميع الاختلافات
وانما لا نتعرض لهم لمكان عقد الذمة فاذا ترافعا
او احدهما او اسلم والعدة غير منقضية فرق بينهما
كما في نكاح المحرم واما اذا كان الاسلام والمرافعة
بعد انقضائها فلا فرق بينهما بالاجماع ولابي حنيفة
ان حرمة النكاح انما هي بالعدة لكونه نكاح المنكوحة
من وجه وثبوت العدة اما ان يكون للشرع او
للزوج لا سبيل الى الاول لانهم لا يخاطبون بحقوقه
ولهذا لا يتعرض لهم في الخمر والخنزير ولا الى الثاني
لانه لا يعتقده والكلام في هذا الوضع على ذلك الفرض
فكان النكاح وقع ابتداء صحيحا لوجود المقتضي وعدم
وجود الركن من اهله مضافا الى محله وانتفاء
المانع بخلاف ما اذا كانت تحت مسلم فان المانع متحقق
وهو اعتقاد الحرمة واذا صح النكاح لا يفسخ بالاسلام
والمرافعة لان ذلك حالة البقاء والشهادة ليست بشرط
شرطا فيها وهذا لان الشهود شرط ابتداء النكاح وكذا
العدة لا تنافي حالة البقاء كالمنكوحة اذا وطئت بشبهة

يجب عليهما العدة صيانة لحق الواطئ ولا يبطل النكاح القائم
وهذا كما ترى يشير الى ان العدة لا تجب على الكافر وهو
الاصح وقال بعضهم يجب لكنها لا تمنع النكاح بناء على
اعتقادهم كالاستبراء فيما بين المسلمين فكان النكاح لو
صحيحا في الابتداء او حالة الاسلام والمرافعة حالة بقاء
وهي لا تستلزم الشروط ولا ينافي العدة على ما قلنا
فان تزوج المجوسي احدى محارمه او خامسة ثم اسلم
احدهما او ترافعا فرق بينهما وما داما على الكفر ولم يو
ترافعا لا يفرق بينهما وهذا بالاتفاق لكن عندهما
يعتبر ان لنكاح المحارم حكم البطلان فيما بينهما لكونه
محرما عليهم كما في العدة اذا اسلم وجب التفريق بينهما و
والتوقف و[illegible] بالمرافعة واما عنده فله حكم
الصحيح في [illegible] بناء على ما ذكرنا الحرمة اما ان
تكون الشرع او الزوج الى اخره وقوله في
الصحيح احتراز عما قال مشايخ العراق ان له حكم
الفساد لانه لو كان له حكم الصحة لما فرق بينهما في
المرافعة وقوله الا ان الحرمية جواب عن هذا
التشكيك ووجهه ان الحرمية تنافي بقاء النكاح
كما لو اعترضت على نكاح المسلمين رضاع ومصاهرة
فيفرق بينهما بخلاف العدة لانها لا تنافيه كما مر ثم
باسلام احدهما يفرق بينهما بالاتفاق وكذلك بمرافعة
احدهما وطلب حكم الاسلام عندهما لان الاسلام [illegible]
كاسلامهما جواز التفريق فكذلك مرافعة احدهما اليه
كرفعهما لانه يرفع [illegible] بحكم الاسلام كما اذا اسلم واما
عند ابي حنيفة فلا تفرق برفع احدهما لان الاخر قد

استحق

الثامن من الجزء الثاني

٢٢٨

استحق باعتقاده بقاء عقد النكاح واستحقاقه لا يبطل
بمرافعة الاخر اذ لا يتغير به اعتقاده بل يعارضه
بخلاف الاسلام فان اعتقاد المصر لا يعارض اسلام
المسلم اذ الاسلام يعلو ولا يعلى واما اذا ترافعا
فلا بد من التفريق بينهما بالاجماع لان مرافعتهما
كتحكيمهما ولو حكما رجلا وطلبا منه حكم الاسلام فله
ان يفرق بينهما فالقاضي اولى بذلك لعموم ولايته
وقوله ولا يجوز ان يتزوج المرتد واضح
وقوله بل لمصالحه يراد به السكنى والازدواج
والتوالد والتناسل وقوله فان كان احد
الزوجين مسلما فالولد على دينه فيقال كيف يصح
هذا التعميم ولا وجود لنكاح المسلمة مع كافر اي
كافر كان واجيب بان هذا يتصور على حالة
البقاء بان اسلمت المراة ولم يعرض الاسلام على الزوج
فجاءت بولد وقوله والمجوسي شر منه قيل فيه
اي في جعل الولد تبعا للكتابي نظر [illegible] جعله تبعا لو
للكتابي يوجب حل الذبيحة والنكاح وجعله تبعا لو
للمجوسي يوجب حرمة ذلك فوقع التعارض فان الكفر
ملة واحدة والترجيح للمحرم ويجوز ان يبين الترجيح
وهو قوله لان فيه نوع نظر فان قلت على ما ذكرت
كل واحد منا ومن الخصم ذهب الى نوع ترجيح فمن
اين تقوم الحجة قلت ترجيحنا بدفع النقصان عن
وترجيحه يرفعه [illegible] والدفع اولى من
الرفع لان [illegible] واقع [illegible] قال واذا اسلمت
المراة وزوجها كافر [illegible] الكفر [illegible] قوله وزوجها كافر [illegible]

Copyright © King Saud University

بين نكاح المسلمة مع اي كافر كان وقيد الزوجية
بالمجوسية لانها ان كانت كتابية فلا عرض ولا تفريق
وكلامه واضح وقوله كما في الطلاق يريد ان
نفس الطلاق قبل الدخول يرفع النكاح وبعده لا يرفع
الا بعد انقضاء العدة وقوله الى ان تحيض ثلاث
حيض ليس بصواب لان العدة عنده بالاطهار وقيل
معناه كان الشافعي يقول ينبغي ان يقال عندكم
الى انقضاء ثلاث حيض ويجوز ان يقال هذه المدة
لم يعتبر للعدة بل للتفريق فلم يعتبر بها تعتبر فيه
للضعف كان الاستبراء ولنا ان المقاصد بالنكاح قد
فاتت فتعتبر باسلام المراة او زوج المجوسية
فاتت المقاصد بالنكاح وما يثبتها وهو حادث لابد له
من سبب اما ان يكون هو الاسلام او كفر من بقي
عليه لا سبيل الى الاول لانه طاعة لا يصلح سببا
لفوات النعم ولا الى الثاني لان كفر من بقي على كفره
قد كان موجودا قبل هذا ولم يمنع ابتداء ولا بقاء
عن بينهما فلا بد من امر آخر غيرهما فيهم من الكلام
ليحصل المقاصد به ان اسلم او يثبت ما يصلح
لذلك وهو الاباء فان كان الاباء عنه صالح للسببية
لم واذا اضيف الفوات اليه اضيف ما يستلزمه
لانه يلزم عليه ان يقال فوات المقاصد يصلح سببا
ينبني عليه الفرقة فلا حاجة الى العرض لكونه اذا
كان مثبت فيما ذكره بحث الكامل ان ذلك الشبهة
ولا فرغ من البحث مع الشافعي شرع فيه مع ابي يوسف
في ان الفرقة في الوجهين لا تكون طلاقا ووجه قوله

ما ذكره

ما ذكره ان الفرقة بسبب يشترك فيه الزوجان
على معنى انه يتحقق منهما وهو الاباء وكل فرقة
بسبب يشترك فيه لا يكون فيه طلاقا كالفرقة
الواقعة بسبب ملك احد الزوجين الآخر والواقعة
بالمحرمية ولهما ان الزوج امتنع بالاباء عن الامساك
بالمعروف لما امر من فوات المقاصد ومن امتنع
عن الامساك بالمعروف ناب القاضي منابه
في التسريح باحسان كما في الجب والعنة وقوله
مع قدرته عليه بالاسلام زيادة تاكيد ولا يرى
ان كونه كان افضل لانه لو كان شرطا قياسه
على الجب والعنة وقوله اما المراة فليست
باهل للطلاق وقوله فاشبه الردة
والمملوكية للنكاح وقيل يعني انها ان ارتدت هي
والقياس بانه او عكست ان يكون طلاقا كان ذلك
بعد الدخول لان المهر يتاكد بالدخول وان
كان قبله فلا مهر لها وقوله وان اسلمت
المراة في دار الحرب وقوله والعرض على
الاسلام [illegible] البانية على الوقف
[illegible] والبلغا وقوله
فانقضاء شرطها اي شرط الفرقة وهو مضي الحيض الثلاث
ان كانت ممن تحيض او ثلاثة اشهر ان لم تحض مقام
سبب الفرقة قال في النهاية وهو تخريج القاضي
عند ابا [illegible]
النهاية والافضل [illegible] ان سبب الفرقة هو [illegible]
فقوله [illegible] كما في حفر البير يقام الشرط مقام السبب

وذلك لان الاصل اضافة التلف الى فعل الواقع في البئر
التي حفرت على قارعة الطريق لانه هو العلة لكنه لم
يتقرر ذلك لكونه طبيعيا ولا تعدي فيه ثم اضافته
الى السبب وهو المشي وقد تعذرت كذلك لان المشي
في الطريق مباح لا محالة فاضيفت الى الشرط وهو حفر
البئر لانه يجاور العلة والسبب ولو سبب بالعلة
حيث تعلق الحكم به وجودا [illegible] لانه في
غير ملك الحافر وموضعه اصول الفقه ثم المراد اذا
كانت [illegible] كالمهاجرة على ما سيأتي في حكم
المهاجرة [illegible] اذا كان الزوج هو المسلم فلا عدة عليها
بالاتفاق ولا فرق بين المدخول بها وغيرها لان الشافعي
يفصل كما عرفته في دار الاسلام من قوله فان كان
قبل الدخول وقعت الفرقة في الحال وان كان بعده
[illegible] العدة [illegible] لاجل الفرقة و
[illegible] المدخول بها وغيرها [illegible]
لان الزوج [illegible] العدة [illegible] بسبب الفرقة
فهو الطلاق [illegible] في الحال اذا كان
قبل الدخول [illegible] يحتاج الى مضي الحيض وامضيها
[illegible] لم [illegible] يحتاج الى مضيها بالفرقة
يستويان فيها وكذا وقعت الفرقة فالمرأة حربية
[illegible] عليها لا اجماع [illegible] لا يثبت في حقها
[illegible] وانما تنقضي المسألة ظاهر وقوله
[illegible]
[illegible]
[illegible] نكاح [illegible]

بشبهة

٢٧

بشبهة ابتداء قال واذا خرج احد الزوجين صورة
المسألة ظاهر والحاصل لذلك وتقرير دليله
التباين اثره في انقطاع الولاية وانقطاع الولاية لا يوثر
في الفرقة كالحربي اذا دخل دارنا بامان فان ولايته
قد [illegible] لان المراد بانقطاع الولاية سقوط مالكيته
عن [illegible] وماله وكالمسلم اذا دخل دار الحرب
بامان فان ولايته انقطعت ولم يؤثر في الفرقة
وهو [illegible] الابطال دليل الخصم وقوله واما السبي
فيقتضي الصفاء للسابي ولا يتحقق ذلك الا [illegible]
[illegible] انقطاع النكاح [illegible] ولان المسبي [illegible]
[illegible] الذي عن ذمة المسبي [illegible] المذهب
ولنا ان المصالح لا ينتظم مع التباين حقيقة وحكما
[illegible] الدارين حقيقة وحكما ينافي
[illegible] المصالح وما ينافي [illegible]
[illegible] حقيقة [illegible]
[illegible] في الدار التي دخلها [illegible] الزوجين
[illegible] والسبي [illegible]
[illegible] وقوله والمسلم [illegible]
[illegible] الخصم [illegible] يوجب ملك الرقبة
[illegible] لا ينافي النكاح [illegible] الزوج
[illegible] المسبية منكوحة
[illegible] لا يبطل النكاح [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible] المستأمن [illegible]

نحو

ثم هوا ي المسبي ينتفي الصفا اي سلمنا ان المسبي بمعنى الصفا لكن في محل عمله وهو المال حتى يثبت الملك
في رقبة المسبي للسابي على الخلوص لا في محل النكاح
وهو منافع البضع لان ذلك ليس محل عمله لان ذلك
من خصايص الانسانية لا المالية وقد اندرج في
هذا الكلام الجواب عن قوله ولهذا [illegible]
عن ذمة المسبي لان الدين في الذمة وهي من محل
عمله لا نها هي الرقبة وقوله [illegible] وفي المسبي
جواب عن قوله كالحربي المستامن او المسلم المستامن
وكان قد احترز بقوله وحكما عن ذلك فان التباين
ثمة وجد في المستامن حقيقة لكن لم يوجد
حكما لقصد الرجوع واذا خرجت المراة الينا مهاجرة
اي تركت ارض الحرب الى ارض الاسلام مسلمة
مسلمة او ذمية [illegible] فقصد ان لا ترجع الى ما هاجرت
عنه ابدا جاز ان تتزوج [illegible] عن حملها عند ابي
حنيفة وقالا عليها العدة لان الفرقة وقعت
بعد ان دخلت في دار الاسلام فلو فرقت كانت
كونت يلزمها حكم الاسلام
ولابي حنيفة انها اثر تباين الدارين [illegible]
ولا حظر لملك الحربي ولهذا لا تجب عليه
[illegible]
[illegible] حاملا
[illegible] لا تتزوج
النسب فان قيل [illegible]
تربوا على الموت [illegible] وجب العدة عليها

ايضا

ايضا اجيب بان الموت لا يوجب سقوط الحرمات حكما
فلزمتها العدة بحكم الملك واما تباين الدارين فيسقطها
حقيقة وحكما فيزول ملكه لا الى اثر وحاصله ان
التباين تربوا على الموت الا ترى انه يمنع التوارث
[illegible] يوجبه ولو خرجت حاملا لم تتزوج حتى تضع
حملها روى محمد عن ابي حنيفة لان حملها ثابت
النسب من الغير فاذا ظهر الفراش في حق النسب
يظهر في حق المنع ايضا احتياطا كام الولد اذا حبلت
من مولاها لا تتزوج حتى تضع وروى ابو يوسف
عن [illegible] ابي حنيفة انه يصح النكاح
ولا يقربها زوجها حتى تضع حملها لانه [illegible]
[illegible] اولى كما في الحبل من الزنا فانه
[illegible] قبل والاول اصح لانه حمل ثابت النسب
بخلاف الحمل من الزنا وحقيقة ان الجماع الغير
[illegible] مطلق وثابت النسب محترم فيه نوع النكاح
ايضا وثبت عنده [illegible] واذا ارتد احد الزوجين
عن الاسلام [illegible] احد الزوجين والعياذ بالله
[illegible] بينهما سواء كان دخل بها او لم يدخل و
الشافعي ان لم يدخل بها فكذلك وان كان دخل
بها [illegible] ثلاث [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible] الزوج [illegible] فرقة
بطلاق [illegible] طلاق هو [illegible]
بالاباء [illegible] ما بيناه [illegible] امتنع عن الاسلام

بالمعروف وابو يوسف مر على اصله في الاباء والارتداد
فجعل الفرقة باباء الزوج طلاقا دون الردة ووجه المنافية
للنكاح لكونهما منافية للعصمة لانها تنافي النفس والمال
وتبطل الملك والنكاح ليس بمناف للنكاح لانه دافع
له بعد تحققه سببا عنده والمسببة عن السبب
الواقع له لا ينافيه فلا يكون الردة طلاقا فالطلاق
الاباء لانه بفوات الامساك بالمعروف ليس بمناف
للنكاح فيجب التسريح بالاحسان على ما مر واعترض
بوجهين احدهما ان الردة لا تنافي ملك المتعة
بل تجعله موقوفا فما بال ملك النكاح لا يكون كذلك
والثاني ان الردة لو كانت منافية لما وقع طلاق
المرتد على امراته بعد الردة كما في الحرمية لكنه
يقع بالاتفاق والجواب عن الاول انها ترجع
الى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء والردة تنافي
النكاح ابتداء فكذا بقاء ويتوقف بحضور ملك المتعة
بالشراء ابتداء فكذا بقاء وعن الثاني ان وقوع
الطلاق باعتبار ظهور اثره وحيث كانت
المحلية متصورة بالعود بالتوبة امكن ظهوره
فكان معتبرا بخلاف الحرمية فان المحلية غير
متصورة ابدا فلا يمكن ظهور اثره وعن هذا
قالوا اذا ارتد الرجل ولحق بدار الحرب لم يقع على
المراة طلاقه لان تباين الدارين مناف للنكاح
وكل مناف للمطلقة الذي هو من احكام النكاح فان
عاد الى دار الاسلام وهي في العدة وقع عليها الطلاق
لان المنافي وهو تباين الدارين قد ارتفع والمحلية

الطلاق

الطلاق بالعدة وهي قائمة فيقع واذا ارتدت
المراة ولحقت بدار الحرب لم يقع طلاق الزوج عليها
عند ابي حنيفة لان العدة وهي قائمة واما ارتدت
المراة ولحقت بدار الحرب ثم يقع طلاق الزوج عليها
عند ابي حنيفة لان العدة قد سقطت عنها عنده
لفوات المحلية لان من كان في دار الحرب فهو
كالميت في حقنا وبها السبي فهي محله مستحيل
والعدة متى سقطت لا تعود الا بعود سببها
بخلاف الفصل الاول لان العدة هناك باقية
ببقاء محلها لانها في دار الاسلام الا ان تباين الدارين
كان مانعا من وقوع الطلاق فاذا انقطع المانع والعدة
باقية وقع وقال ابو يوسف يقع الطلاق لان العدة
باقية عنده وقوله وهذا يتوقف الفرقة
لو صح كون الردة منافية للطلاق دون وقوله
[illegible] المراة بين الزوجين [illegible] وقوله ولا نفقة
للمطلقة بعده وان كانت هي المرتدة فلها كل
مهرها ان دخل بها الى ما يليه لان المسلمة
اذا كانت غير مدخول بها وقعت الفرقة لا يجب
النفقة عليه [illegible] لا يوجب احد في عدم
وجوب النفقة في المرتدة اذا كانت غير مدخول
بها وقوله لان الفرقة من قبلها
[illegible] ولا نفقة لها وقوله
وان ارتدا معا واسلما معا [illegible] ابي
حنيفة [illegible] من العرب ارتدوا ثم [illegible] وقعت
[illegible] ابو بكر [illegible] ولم يامرهم

Copyright © King Saud University

بتجديد الانكحة والصحابة متوافرة فحل ذلك محل
الاجماع فيترك به القياس فان قيل الارتداد لم
يقع منهم دفعة اجاب بقوله والارتداد واقع
منهم معا حكما لجهالة التاريخ فان التاريخ اذا جهل
لم يحكم بتقدم شيء على شيء وانما يجعل في الحكم كانه
وجد جملة واحدة ولو اسلم احدهما بعد الارتداد
اي بعد ارتدادهما فسد النكاح لاصرار الاخر على
الردة لانه مناف كابتدائها على ما تقدم ثم اذا كانت
المرأة هي التي اسلمت قبل الدخول بها فلها نصف المهر
عند ذا وان كانت الزوج فلا شيء لها لان الفرقة جاءت
من جانبها بالاصرار على الردة فان الاصرار
السلام الاخر كانشاء الردة باب القسم
لما ذكر جواز العدد من النساء لم يكن بد من بيان
العدل الوارد من الشارع فيهن في باب على
حدة لكن اعترض ما هو اهم ان الذكر من بيان جواز
النكاح وعدده الى ما هو اهم من الزوج وهو بها
او حسب ذا هي والقسم
المالك
القسم بين النساء
واذا كان للرجل امرأتان حرتان فعليه
المونث الحقيقي
اليوم لامرأة وكذا
بينهما
سواء
القديمة وقال الشافعي ان كانت الجديدة بكرا

بكرا

بكرا يفضلها بسبع ليال وان كانت ثيبا فبثلاث ثم التسوية
بعد ذلك لحديث ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم
قال يفضل للجديدة على القديمة ففي المعنى الاول
بقوله ولا فضل فيما روينا والثاني بقوله لا تلاحق
ما روينا وما رواه محمول على التفضيل بالبداءة دون
الزيادة لما ذكر في حديث ام سلمة انه عليه السلام
قال ان سبعت سبعت لك وسبعت لهن ولكن يقول
للزوج ان يبتدي بالجديدة ولكن يسوي بعد ذلك بينهما
القسم من حقوق النكاح كالنفقة ولا تفاوت
في ذلك بين البكر والثيب والجديدة والقديمة
ولا تفاوت بين المسلمة والكتابية والبالغة
والمراهقة والمجنونة والعاقلة والرتقاء و
والمجبوبة لمساواة بينهن في سببه هذا الحق
وهو الحل الثابت بالنكاح
الخصي
الحرة
بين

الثلث من القسم كالامة وقوله ولا حق لهن في
القسم حالة السفر هذا الكلام يشتمل على ثلاث مسائل
احدها ان القرعة مستحبة عندنا وعند الشافعي
مستحقة والثانية انه اذا سافر بواحدة من غير قرعة
ثم رجع هل للباقيات ان تحتسب تلك المدة وعندنا
ليس لهن ذلك خلافا له وهذه بناء على الاولى لان
الاقتراع اذا كان مستحقا ولم يفعله كانت مدة سفره
نوبة التي كانت معه فينبغي ان يكون عند الاخرى
مثل ذلك ليتحقق العدل ولكنا نقول وجوب التسوية
في [illegible] استحقاق القسم عليه وفي حالة السفر
ليس بمستحق فلا تجب التسوية ولا يكون
تلك المدة محسوبة من نوبتها والثالثة ان
لهن ان يهبن [illegible] صاحبتهن [illegible] وان
رجعن في [illegible] ذلك [illegible] وقوله
لانها اسقطت [illegible] بعد فلا يسقط [illegible]
ان الاسقاط [illegible] لان ما [illegible] لذلك
كان الرجوع عنه امتناعا [illegible] اسقاطه [illegible]
المال [illegible] يرجع فيها [illegible] فكذا هنا

كتاب الرضاع

[illegible] الرضاع [illegible] فصل [illegible] على
حرمة [illegible] منصوصة [illegible]
فيها غيره بسبب الحرمة [illegible]
[illegible]
المصاهرة [illegible]
[illegible] العظم و[illegible]

المحرم

المحرم والرضاع بفتح الراء وهو الاصل وبكسرها وهو [illegible]
الادمية في وقت مخصوص على ما يذكر بعد وقليل
الرضاع وكثيره اذا حصل في مدة الرضاع تعلق به
التحريم عندنا وقال الشافعي لا يثبت التحريم الا بخمس
رضعات يكتفي الصبي بكل واحدة منها لقوله عليه السلام
لا تحرم المصة ولا المصتان ولا الاملاجة ولا الاملاجتان
والمصة فعل الرضيع والاملاجة فعل المرضع وهو
الارضاع ووجه الاستدلال به انه يدل على ان
القليل منه غير محرم واما ان يكون مقدرا بخمس
مشبعات فليس له دلالة على ذلك لكنه لما [illegible]
به مذهب خصمه ثبت مذهبه لعدم القائل بالفصل
وفيه نظر لان من اصحاب الظواهر من يقول بثلاث
رضعات مشبعات ولو تمسك بحديث عائشة
كان فيما انزل [illegible] رضعات معلومات [illegible]
[illegible] معلومات [illegible] وكان ذلك مما يتلى
في [illegible] رسول الله صلى الله عليه وسلم كان ادل
على المطلوب [illegible] مما يتلى بعد رسول الله
صلى الله عليه وسلم [illegible] لا [illegible]
قوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم وقوله عليه
السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب من غير
فصل [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]

Copyright © King Saud University

وتقض برالجواب لحرمة وان كانت لسببية البعضية الثابتة
بنشوز العظم وانبات اللحم لكنه امر مبطن فتعلق الحكم
بفعل الارضاع وقوله وما رواه جواب
عن استدلال الخصم بان ما رويتم اما مردود بالكتاب
لان العمل به اقوى على تقدير ان يكون الكتاب
قبله او منسوخ ان كان بعده والانشار [illegible]
الاحيا وفي التنزيل ثم اذا شاء انشره ومنه لا رضاع
الا ما انشز العظم وانبت اللحم اي قواه وشده كا [illegible]
[illegible] ويروى بالراي كذا في المغرب قوله
وينبغي ان يكون في مدة الرضاع ظاهر قوله
ولان لحول حسن [illegible] للتحول من حال الى حال باعتبار
حولان [illegible] موجب لتغير الطباع [illegible] الزيادة
على حولين الذي يعني في وجه قول ابي حنيفة
[illegible] [illegible] زيادته الى [illegible] قوله
[illegible] ثلاثون شهرا ووجه الاستدلال
ما ذكره انه [illegible] الحمل و[illegible] ثلاثون شهرا
[illegible]
[illegible]
الاية يعني [illegible]
ما ذكره ان الله تعالى ذكر شيئين يعني الحمل والفصال
وضرب لهما مدة وهو قوله ثلاثون شهرا فكل ما كان
كذلك كانت المدة لكل واحد منهما بكمالها كما في الاجل
المضروب للدينين [illegible] [illegible] فلان الى
[illegible] وخمسة اقفزة حنطة الى شهر [illegible] الشهر ان
اجلا لكل واحد من المدينين بكماله الا انه قام المنقص في

احدهما

احدهما انه جزء مستمتع بعقد النكاح وكل جزء هو
مستمتع بعقد النكاح يكون محلا لحكم النكاح وما كان
محلا لحكم النكاح كان محلا للطلاق لانه رافعه فيكون
حالا محله فاذا اضيف اليه الطلاق يثبت الحكم فيه ثم ثبوته
بحيث الاضافة ثم يسري الى الكل كما في الجزء الشائع فان
قيل لو كان الجزء المعين محلا لحكم النكاح لان السراية
ممتنعة اذا الحرمة في سائر الاجزاء تغلب الحل في هذا الجزء
فيمتنع عن السراية في الطلاق الامر على العكس تغلب
الحرمة في هذا الجزء تغلب الحل في سائر الاجزاء قوله
ولنا انه اضاف الطلاق الى غير محله ظاهر وتوضيحه
ان اليد والرجل ونحوهما اطراف وهي اتباع لا محالة
فلو اورد عليها دخل الاتباع كما في بيع الملك الرقبة
يكون ذكر البيع لها ذكر البيع فلا يكون ذكر الاصل
فلا [illegible] قوله [illegible] عن النبي صلى الله عليه و[سلم]
بالبعض عن جميع البدن في قوله عليه السلام على
اليد ما اخذت حتى ترده [illegible] ان المراد
[illegible] في المضاف [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible] على
[illegible] طالق وعلى اقتضاء الطلاق
على الراس لا يبعد ان يقول لامراته ولو قال لها راسك
طالق واراد به العبارة عن جميع البدن لا يبعد
ان يقول بانها طالق فاذا قال بطنك طالق او ظهرك
طالق اختلفوا [illegible] فقال بعضهم يقع الطلاق
لان الظهر والبطن في معنى الاصل اذ لا يتصور النكاح

بدونهما بخلاف اليد والرجل قال المصنف والاظهر انه لا يصح
اي الايقاع بكل واحد منهما لا يصح لانه لا [illegible] بهما عن
جميع البدن ولهذا لو قال ظهرك او بطنك علي كظهر
امي لا يكون مظاهرا وان طلقها نصف تطليقة [illegible] انما
طلقت تطليقة واحدة لانه ذكر بعض ما لا يتجزي
وهو الطلاق اذ نصف التطليقة او [illegible]
مشروع وذكر بعض ما لا يتجزي كذكر الكل [illegible]
من بعض القصاص صيانة للكلام عن الالغاء [illegible]
و[illegible] المحرم علي المبيح [illegible]
الامر كان [illegible] اذا قام الدليل علي البعض [illegible]
مما لا يتجزي وجب [illegible] الاول [illegible] وكذا
[illegible] كالخلع [illegible] والوزن والثمن
و[illegible] لا يتجزي ولو قال
لها انت [illegible] تطليقة [illegible] يكون [illegible]
تطليقتان [illegible] المسئلة [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
والجواب انه [illegible] نصف التطليقة بمعني
[illegible] ثلاثة انصاف
تطليقتين [illegible] تطليقتين [illegible]
[illegible] انها يكون ثلاثة
[illegible] الاصل [illegible]
[illegible] ذكر العدد و
[illegible] وقعا [illegible]

هذا

هذا الكلام اما ان يكون حقيقة فيما اراد او مجازا
ولا سبيل الي الاول لان اللفظ لم يستعمل فيما
وضع له ولا الي الثاني لعدم تصور الحقيقة وعدم
الاتصال [illegible] والجواب انه مجاز وتصور الحقيقة
ليس بشرط الجواز عند ابي حنيفة والاتصال به
موجود لانه من باب ذكر الجزء وارادة الكل و
[illegible] بالمعني [illegible] بين ما اذا قال لها انت طالق ثلاثة
ارباع تطليقتين لم يطلق الا ثنتين ولم يقل هذا وقع
ثلاث [illegible] تطليقتين وربع التطليقتين نصف
[illegible] علي امراته ثلاثة [illegible]
نصف [illegible] ثلاثا او احد [illegible] بان جوابه
[illegible] اللفظ [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible] الكلام
[illegible] طالق ثلاثة
[illegible] تطليقة [illegible] عن محمد
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible] لان كل [illegible] طلقة
لان الطلاق لا يتفصل [illegible] طلقة

ا[illegible]

ثلاث ثلاثا طلقات لاصالة قال [illegible] ولو قال انت
طالق من واحدة الى ثنتين اذا طلقها مستملا لكلا[مه]
على الغايتين فاما ان يدخل الغايتان وهو قولهما
او لا يدخل وهو قول زفر او يدخل الابتدا دون
الانتها وهو قول ابي حنيفة والقسم الرابع وهو ان
يدخل الانتها دون الابتدا لم يقل به احد وجه
قول زفر ان غاية الشي لا يدخل فيه والا لم يكن غاية
كما في المحسوسات كقوله بعتك من هذا الحائط
وهو قياس صحيح وروي ان ابا حنيفة [illegible]
قال له [illegible] فقال ما بين ستين الى سبعين فقال
[illegible] [illegible] فتحير [illegible] الاسلام
[illegible] هو [illegible] ما
ما يقول في من قال [illegible] انت طالق ما بين واحدة
الى ثلاث [illegible] لا [illegible] ما بين لا يتناول
[illegible] فقال [illegible] قيل [illegible]
فقال ما بين [illegible] الى [illegible] ويكون [illegible]
[illegible] ان [illegible] في مثل هذا
[illegible] يقولون [illegible] الى واحدة
لا [illegible] واحدة لانه لما جعل [illegible]
الواحد [illegible]
ذلك [illegible] انت طالق [illegible]
ان مثل هذا [illegible]
[illegible] ولابي حنيفة ان
المراد [illegible] الاكثر من الاقل والاقل من الاكثر
وهو ما بينهما فانهم يقولون سني من ستين الى

سبعين

تسعين او ما بين ستين الى سبعين [illegible] فاذكرنا
يعني الاكثر من الاقل والاقل من الاكثر قيل [illegible] نظر
لانه لا يتمشى في قوله من واحدة الى ثنتين واجيب
بانه متمش ايضا فيه لان الاكثر فيه الثلث والاقل
الواحد والاكثر من الاقل والاقل من الاكثر وقيل
فيه نظر لانه لا يتمشى في قوله من واحدة الى ثنتين
واجيب [illegible] بانه متمش ايضا فيه لان الاكثر فيه
الثلث والاقل الواحد والاكثر من الاقل والاقل
من الاكثر اثنتان وليس بشي لان قوله لان الاكثر
فيه يعني في الطلاق وليس الكلام فيه وانما الكلام
في الاقل والاكثر في كلام المتكلم [illegible]
[illegible] الاكثر [illegible]
اذا كان [illegible] الى ثلاث
وقوله [illegible] الى [illegible]
[illegible] الاكثر [illegible] ذلك كما في
من واحدة الى ثنتين [illegible]
وقوله [illegible] قولهما
[illegible] الى [illegible] درهم
الى [illegible] وهو ظاهر وقوله [illegible] الغاية
الاولى [illegible]
[illegible] وجهه ان القياس
[illegible] الغاية الاولى
[illegible] ولا [illegible]
الا [illegible]
[illegible]
[illegible] قوله
كما [illegible] من هذا [illegible] القياس

فاستدلالات الغاية في العدد عليه موجودة قبل حكمها
غاية فلا ضرورة في ادخالها واما في صورة النزاع فـ
انها ليست بموجودة ولا بد من وجودها لتوقيف
حكمها الثانية ووجودها بوقوعها والفاصل
انا لم نقل بان الغاية داخلة وانما قلنا انه لا بد
من وجودها بالضرورة الثانية ووجودها
بوقوع وتوقف بما لو قال انت طالق تطليقة ثانية
لم يقع الا واحدة ولم يضطر فيه الى الاولى لوقوع الثانية
واجيب بان قوله ثانية مدار لغو الطلاق قوله
من واحدة الى ثلاث فانه كلام معتبر في ايقاع الثلاث
بالاتفاق ولا يتحقق ذلك الا بعد وقوع الاولى ولو
نوى في قوله من واحدة الى ثنتين او ما بين واحدة
الى ثنتين واحدة منهما واحدة صدق ديانة لانه محتمل
كلامه لا قضاء لانه خلاف الظاهر لما ذكرنا ان مثل
هذا الكلام يراد به الاكثر من الاقل والاقل من الاكثر
ولو قال انت طالق واحدة في ثنتين لعرف الحساب
فيما بينهم اي واحدة في ثنتين ثنتان ونوى ان عمل
الضرب اي تكثير الاجزاء في زيادة المضروب لا زيادة
العدد فانه الحكم يقع عند الفقهاء فهي واحدة
لان ضربين وتكثير اجزاء الطلاق لا يوجب تعددها
كما لو قال انت طالق طلقة ونصفها وثلثها وربعها
وسدسها وثمنها لم يقع الا واحدة فان نوى واحدة
وثنتين فهي ثلاث لانه محتمل لان الواو للجمع والظرف
يجمع المظروف وقوله ولو كانت غير
مدخول بها واقع واحدة مع ثنتين وثنتين

الثلاث

الثالث والعشرون من الجزء الثاني

٢٢٨

ثلاث الى الوقت فلا يتحقق على الموقوف حقيقة بل
ان يكون معقبا له فانعدم شرط القضاء فينعدم القضاء

كتاب العتق

ذكر العتق بعد
الطلاق لمناسبة بينهما في انهما اسقاط مبني على السراية
واللزوم كالطلاق حتى صح التعليق وهذا اعتاق
البعض كاعتاق الكل اما افسادا في الملك او تحقيقا
للعتق فلم يقبل الفسخ بعد ثبوته كالطلاق ومن
محاسنه انه احيا حكمي يخرج العبد عن كونه
ملحقا بالجمادات الى كونه اهلا للكرامات البشرية
من قبول الشهادة والولاية وتفسيره في
اللغة القوة يقال عتق الفرخ اذا قوي وطار
عن وكره وفي الشريعة قوة حكمية يصير المرء
بها اهلا للشهادة والولاية والقضاء واسبابه
كثيرة منها الاعتاق ومنها دعوى النسب ومنها
الاستيلاد ومنها ملك القريب ومنها زوال
يد الكافر عنه كما اذا اشترى الحربي في دارنا عبدا
مسلما فدخل به في دار الحرب فانه يعتق في قول
ابي حنيفة ومنها الاقرار بحرية العبد اذا اشتراه
بعد ذلك وشرطه كون المعتق حرا بالغا مالكا
اليمين وركنه ما يثبت به العتق وهو نوعان صريح
وكناية وحكمه زوال الرق والملك عن المحل
وانواعه المرسل والمعلق والمضاف الى ما بعد الموت
وكل منها اما بجعل او بغيره وكلامه ظاهر سوى الاول
ذكرها وقوله بشرط الحرية لان العتق
يعني الاعتاق لا يتم الا بالملك والبلوغ لان الصبي ليس

Copyright © King Saud University

لانه اهله والصبي ممن اهل العتق الا يرى انه لو
ورث اخاه عتق عليه فدل على انه من اهل
بالعتق الاعتاق والصبي ليس من اهله لكونه
ضررا محضا ويدل على ذلك ايضا قوله لان المجنون
ليس باهل للتصرف فان الاعتاق تصرف لا العتق
قوله ولهذا اي ولكون البلوغ
والعقل شرطا انه اذا قال البالغ اعتقت وانا صبي
فالقول قوله لانه اسنده الى حالة منافية
للاعتاق كان انكارا منه للاعتاق والقول قول
المنكر قوله لانه ليس باهل لقول ملزم
يعني لان الصبي يوجب الحجر عن الاقوال فان
قيل لا نسلم ذلك بل هو اهل له الا يرى انه صبيا
لو اقر بالرق لزمه لو ادعى بعد البلوغ حرية
الاصل لا يسمع دعواه اجيب بان الملزم
ثمة هو يد صاحب اليد واقراره مؤكد قوله
واذا قال لعبده او امته انت حر قال في المبسوط
الالفاظ بصيغة الخبر او الوصف او النداء اما صيغة
الخبر فان يقول قد اعتقتك او حررتك واما
صيغة الوصف فان يقول انت حر او انت عتيق
واما النداء فان يقول يا حر يا عتيق وكذلك
لو قال لعبده هذا مولاي او يا مولاي قوله
فستعرفه من بعد اراد به قوله في مسئلة يا ابني
على ما سيجيء قوله الا اذا سماه حرا استثناء
من قوله ولو قال له يا حر قوله وكذا
عكسه يعني بان ناداه بقوله يا حر وكان اسمه آزاد

وقوله

هو الحق ... ويعتبر اخبارا عن الوصف قيل فيه
نظر لانه اذا لم يكن حرا علما له كان قوله يا حر
اثباتا للحرية لا اخبارا عن الوصف واجيب ما
بانه اذا لم يكن علما كان المنادى في الحقيقة
حرا ما موصوفة بصفة الحرية والوصف والصفة
خبر عن الموصوف فكان النداء اخبارا بان المنادى
موصوف بهذه الصفة قوله وسالتك
الاختلاف في تحري الاعتاق على ما نذكره
وقوله وقد بيناه يعني في الطلاق وقوله
وكذا قوله لامته قد اطلقتك يعني ان نوى
العتق يقع لكونه بمنزلة خليت سبيلك من
لمناسبة الارسال تخلية السبيل بخلاف قوله
طلقتك فانها لا تعتق لانه صار صريحا في الطلاق
عن النكاح فلا يثبت به العتق على ما يجيء
بيانه قوله لانه لا سلطان عبارة عن
عن اليد فقال لفلان سلطنة ويراد بها القدرة
الثابتة من حيث اليد والاستيلاء فنفيه نفي اليد
فكانه قال لا يد لي عليك ولو قال ذلك ونوى
به العتق لم يعتق لجواز ان يزول اليد ويبقى الملك
كما في المكاتب بخلاف قوله لا سبيل لي عليك لان
السبيل المضاف الى العبد كناية عن الملك لانه
طريقه الى نفاذ التصرف فيه ولو نفى الملك بان قال
لا ملك لي عليك ونوى العتق عتق فان قيل
زوال اليد اما ان يكون ملزوما لزوال الملك
او لا فان كان الاول فليكن مجازا لانه نفي

Copyright © King Saud University

المجاز ذكر الملزوم وارادة اللازم
فليكن كناية لان الكناية ذكر اللازم وارادة
الجواب انه ليس بملزوم لزوال الملك لان
عنه كما في المكاتب على ما ذكرنا ولا يلازم لا
زوال الملك عنه فان الملك يزول في البيع قبل
التسليم واليد باق الى ان يسلمه وقوله
لانه للمولى على المكاتب سبيلا يعني من حيث
المطالبة ببدل الكتابة حتى اذا انتفى ذلك بالبراءة
عنه اعتق قال ولو قال هذا ابني ومن قال لو
لعبده الذي يولد مثله لمثله وليس له نسب
معروف هذا ابني وثبت على ذلك ثبت النسب
يعتق عليه ومعنى قوله ثبت على ذلك لم يدع
الكرامة والشفقة كذا في شرح القدوري لابي
الفضل حتى لو ادعى ذلك صدق وقيل الثبات
شرط النسب لكن الرجوع عنه صحيحا دون
العتق وقيل هو شرط اتفاقي قوله لان ولاية
الدعوة بالملك ثابتة والعبد يحتاج الى النسب
لانه ليس له نسب معروف فيثبت نسبه واذا
ثبت عتق لاستناد النسب الى وقت العلوق
وان كان له نسب معروف بعد ثبوت النسب
لكنه يعتق اعمالا للفظ في مجازه عند تعذر
الحقيقة وسيجيء بيان مجوز المجاز ولو قال
هذا مولاي ظاهر وقيل ما ذكر المصنف من معنى
المولى نحو المشهور فانتقض عليه وهو مستعمل في
ثلاثة وعشرين معنى ذكره ابن الاثير اما مجيئه

بمعناه

بمعنى الناصر فكما في قوله تعالى ذلك بان الله مولى
الذين امنوا وان الكافرين لا مولى لهم واما بمعنى
ابن العم فكما في قوله تعالى واني خفت الموالي من ورائي
[illegible] قال والثالث نوع مجاز يعني
الموالاة في الدين لان المولى مشتق من الولي
وهو القرب ولا قرب بين المشرقي والمغربي لا
من حيث الحقيقة ولا من حيث النسب ولا من
حيث المكان فيعتبر القرب من حيث الدين
وبهذا اجاب نفيه كذا في بعض الشروح وفيه
العزم والتقدير وقوله فالحق بالعرف
يعني بدلالة الحال في المحل وهو كونه عبدا قوله
واما الثاني يعني به قوله يا مولاي وقوله
بخلاف ما ذكر يعني قوله يا سيدي يا مالكي لانه
ليس فيه ما يختص بالعتق معناه ان معنى
قوله يا مولاي يا مولى عليه ولاء العتاقة حيث
تعين الاسفل مرادا فيثبت بهذا القول ما يختص
بالعتق وهو الولاء وهو يقتضي سابقة العتق
بخلاف قوله يا سيدي يا مالكي فان معناه يا من
له السيادة والملك علي ولم يثبت به شيء يختص
بالعتق ويحمل على المجاز فهو اكرام وملاطفة
وقوله ولو قال يا ابني او يا اخي لم يعتق يفرق بينهما
وبين قوله يا حر او يا عتيق يعتق به دونهما
لان [illegible]
[illegible]
استحضارا له بالوصف المخصوص كما في قوله يا حر

فانه قادر على اثبات صفة الحرية فيه من جهته
في الحال على ما بينا بخلاف قوله لانه هذا ابني
وهو عربي وهو لا يستفاد المنادى الى احوه واذا
كان يوصف لا يمكن اثباته من جهته كان للاعلام
المجرد دون تحقيق الوصف فيه لتعذره والبنوة
لا يمكن اثباتها حالة النداء من جهته لانه لو
تخلق من ماء غيره لا يكون ابنا له بهذا النداء
فكان لمجرد الاعلام هذا ظاهر الرواية وروى
الحسن عن ابي حنيفة انه يعتق فيهما اي قوله
يا ابني يا اخي واما الاصل ان العتق بالنداء
بالالفاظ ثلثة في ظاهر الرواية يا حر يا عتيق
يا مولاي وفي رواية الحسن خمسة الالفاظ
الثلاثة المذكورة وبقوله يا ابني ويا اخي
وان اعتمد على الظاهر وقوله ولو قال
يا ابن طاهر قال وان قال لغلام لا يولد مثله
لمثله اذا قال لعبده وهو اكبر سنا منه هذا
ابني عتق عند ابي حنيفة وقالا لا يعتق وهو
قول ابي حنيفة اولا وهو قول الشافعي واصل
هذه المسئلة ان المجاز خلف عن الحقيقة في
الحكم عندهما وفي التكلم عند ابي حنيفة على ما عرف
في الاصول وقد قررنا في التقرير [illegible] فقالا الحكم
هو [illegible] الاصل بسنا فان
[illegible] ان يكون العلوق
منه وانه [illegible] من غيره فصار كما لو قال
اعتقتك قبل ان تخلق او تخلق فان ابو حنيفة

تقوم به

241

تقوم حكم الحقيقة ليست بشرط فانه لو قال لحرة
ليست بمنكوحة له بكذا كان نكاحا صحيحا والحرة ليست بمحل
للبيع بل الشرط صحة التكلم وقوله هذا ابني
كلام صحيح في نحوه من مبتدا وخبر وهو ملزوم
لقوله هذا حر من حين ملكته لان البنوة اذا
ثبتت في المملوك كان حرا من حين العلوق وذكر
الملزوم وارادة اللازم هو المجاز فصار كانه
قال هذا حر من حين ملكته وذلك يوجب
العتق لا محالة فيحمل على ذلك تصحيحا لكلامه
بخلاف ما استشهد به على بنا المقول لانه لا وجه
للمجاز اذ ليس قوله اعتقتك قبل ان اخلق او
ملزوما لقوله انت حر من حين ملكته وذلك
يوجب العتق لا محالة فيحمل على ذلك تصحيحا
لكلامه بخلاف ما استشهد به على بنا المقول
لان الاول يقتضي عدم وجود المالك عليه والثاني
يقتضي وجوده اليه والشيء لا يكون ملزوما
لما ينافيه فلو لا لزم انفكاك الملزوم عن اللازم
وهو محال وقوله وهذا بخلاف ما اذا قال
لغيره قطعت يدك فاخرجها صحيحين جواب
عما يقال لو كان صحة ذكر الملزوم وارادة اللازم
مجوزة للمجاز وان لم يكن الحكم متصور الوجود
لكان عليه الارش في الصورة المذكورة لان القطع
سبب لوجوب المال فيكون قوله قطعت يدك
مجازا عن قوله لك علي خمسة الاف درهم واللازم
باطل والملزوم مثله وتقرير جوابه ان القطع خطا

Copyright © King Saud University

ليس بسبب لمال مطلق بل لما يخالف المال المطلق
في الوصف وهو الارش حتى وجب على العاقلة
في سنتين بلفظ السنة كذا في النهاية وذلك
المال الذي هو مسبب عن القطع لا يمكن اثباته
بدون القطع فما هو مسبب لا يمكن اثباته وما
يمكن اثباته ليس بمسبب وحاصله ان هذه
الصورة مما تعذر فيه الحقيقة والمجاز فيلغو
اما [illegible] الحقيقة والمجاز فيلغو اما الحقيقة
فظاهر واما المجاز فلان قطع اليد خطأ ملزوم
للارش الذي هو ملزوم القطع واللازم وهو القطع
منتف فالملزوم وهو الارش كذلك وقوله
اما الحرية لا تختلف معناه الحرية لا تختلف في
التي جعلت قوله هذا ابني وهي الحرية من حين
ملكه مجازا عنها لا تختلف ذاتا وهو زوال
الرق ولا حكما وهو صلاحية للقضاء ولو قال
هذا ابي او امي ومثله لا يولد لمثلها فهو على
الخلاف وهو الاظهر وقوله لما بينا
يعني من الوجه في الجانبين في قوله هذا ابني
ولو قال لصبي صغير هذا جدي قيل هو على الخلاف
والوجه ما تقدم وقيل لا يعتق بالاجماع لان
هذا الكلام لا موجب له في الملك من بنوة او حرية
الا بواسطة وهو الاب وهي غير ثابتة في كلامه
فتعذر ان يجعل مجازا عن الموجب وهذا يشير الى
ان الواسطة لو كانت مذكورة مثل ان يقول هذا
جدي ابو ابي عتقه وقد ذكره بعض الشارحين

بخلاف

بخلاف الابوة والبنوة لان لهما موجبا في الملك
بلا واسطة ولو قال هذا اخي لا يعتق في ظاهر
الرواية وروى الحسن عن ابي حنيفة انه يعتق
ووجه الروايتين ما بينا اما وجه رواية العتق
فما ذكره بقوله وهذا لان البنوة في المملوك
سبب الحرية الى اخره فكذلك ههنا الاخوة في
الملك يوجب العتق واما وجه رواية عدم
العتق فقوله في مسئلة الجد لان هذا الكلام
لا موجب له في الملك الا بواسطة وكذلك ههنا
الاخوة لا يكون الا بواسطة الاب او الام لانها
عبارة عن مجاورة في صلب او رحم وهذه
الواسطة غير مذكورة ولا موجب لهذه الكلمة
بدون هذه الواسطة قال في المبسوط ان
اختلاف الروايتين في الاخ انما كان اذا ذكره
مطلقا بان قال هذا اخي او لابي او لامي فيعتق
من غير تردد لما ان مطلق الاخوة مشترك
قد يراد بها الاخوة في الدين قال الله تعالى
انما المومنون اخوة وقد يراد بها الاتحاد في
القبلية قال الله تعالى والى عاد اخاهم هودا
قال وقد يراد بها الاخوة في النسب والمشترك
لا يكون حجة فان قيل البنوة ايضا تختلف بين
نسب او رضاع فكيف يثبت العتق باطلاق قوله
هو ابني اجيب بان البنوة من الرضاع
مجاز والمجاز لا يعارض الحقيقة ولو قال لعبده
هذه ابنتي فقد قيل هو على الخلاف وقيل

Copyright © King Saud University

لعدم المعتقة بالاجماع لان المشار اليه ليس من
جنس المسمى لان الذكور والاناث من بني آدم
جنسان مختلفان فاذا لم يكن المشار اليه من
جنس المسمى يتعلق الحكم بالمسمى لما تقدم في
كتاب النكاح فالمسمى ههنا معدوم فلا يكون
معتبرا حقيقة ولا مجازا عن الابن لعدم الملازمة
بينهما قوله وان قال لامته انت
طالق او باين ظاهر الى قوله وعمل اللفظ وهو
جواب عما يقال الاعتاق اثبات القوة و
يثبت به الاحكام مثل الاهلية والولاية و
الشهادة فاني يشبه الطلاق الذي هو اسقاط
محض وتقدير الجواب الاعتاق ايضا
اسقاط بدليل صحة التعليق فيهما واما الاحكام
فليست بواردة لانها ثابتة بسبب سابق
وهو كونه ادميا مكلفا عند ان الاعتاق ازال
المانع فاستوى الاعتاق والطلاق وقوله
ولهذا اي ولكون العتق يحتمل لفظه يصلح
لفظ العتق والتحرير كناية عن الطلاق فلذا
عكسه لان مبنى المجاز على المناسبة والشي
لا يناسب شيئا الا والشي الاخر يناسبه وانما
قال على قاله مشايخنا لان المنصوص عن الشافعي
بلفظ الطلاق يحسب ... فاستوا عليها سائر
الفاظ الصريح والكناية ولنا انه نوى ما لا يحتمله
كلامه لانه لا مناسبة بينهما حول الاستعارة
لان الاعتاق لغة اثبات القوة ماخوذ من قولهم

عتق

٢٤٢

عتق الطاير اذا قوي وطار عن وكره وفي الشرع
ابطال ملك لان العبد الحق بالجمادات وبالاعتاق
يحيى فيقدر والطلاق في اللغة رفع القيد ماخوذ
من قولهم اطلقت البعير عن القيد اذا حللته وهو
عبارة عن دفع المانع عن الانطلاق لا اثبات
قوة الانطلاق وكذلك في الشرع لان المنكوحة
لم تزل مالكيتها فانها قادرة الا ان قيد النكاح مانع
وبالطلاق يرتفع المانع فيظهر القوة فليس بين
اثبات القوة الشرعية في محل لم يكن وبين رفع
المانع ليعمل القوة الثابتة في محلها مناسبة ولا
خفا ان الاول اقوى فالادنى لا يصلح ان يكون
مستعارا للاعلى على ما مر ولان ملك اليمين
فوق ملك النكاح لان ملك اليمين قد يستلزم
ملك المتعة اذا صادف الجواري الخالية عما يمنع
عن الاستمتاع بهن واما ملك النكاح فلا
يستلزم ملك اليمين اصلا وكل ما هو اقوى
فاسقاطه اقوى فملك اليمين اسقاطه اقوى
واللفظ يصلح مجازا عما هو دونه حقيقة لا عما هو
فوقه وهذا لان مثل هذا المجاز انما يكون فيما
وجدت وصفا مشتركا بين مذكورين مختلفين
في الحقيقة هو في احدهما اقوى منه في الاخر
وانت ... تريد الحاق الاضعف بالاقوى على وجه
التشبيه بينهما ... ان مذكور الاضعف من جنس
مذكور الاقوى ... اسم الاقوى كما اذا ...
عن كل شجاع وانت تريد الحاق جرأته وقوته

Copyright © King Saud University

بمنزلة الاسد وقوته فهو في الاسد [illegible]
اسم الاسد عليه وهذا كما ترى انما يكون باطلاق اسم
القوي على الضعيف دون العكس واذا ظهر هذا
بعد العلم بان ازالة ملك اليمين اقوى ظهر لك و
جواز استعارة الفاظ العتاق للطلاق دون عكسه
والفرق بين المكنتين والمذكورين في الكتاب ان في
الاول منع المناسبة واظهار السندات الاعتاق و
اثبات والطلاق رفع فاين هذا من ذاك وفي الثاني
تسليم ان كلا منهما اسقاط لكن الاعتاق اقوى وهو
ينافي الاستعارة وقوله واذا قال لعبده انت
مثل الحر اطلاقه يشير الى انه نوى العتق او لم ينو لم
يعتق وذكر في المبسوط لم يعتق الا بالنية وفي
تعليله اشارة الى ذلك لانه قال لان المثل يستعمل
للمشاركة في بعض المعاني عرفا فوقع الشك في
الحرية ولا شك انه اذا نوى الحرية زال الشك و
وقوله عرفا يجوز ان يراد به العرف
العام فان العامة يستعملونه للمشاركة في بعض
الاوصاف يقولون زيد مثل عمرو مثلا اذا كان
عمرو مشهورا بصفة كعلم او خط او جود او غيرها و
يجوز ان يراد به العرف الخاص فان بعض اهل العلم
يستعملونه في الاتحاد بالحقيقة قوله ولو
قال ما انت الا حر الى آخره ظاهر فصل
لما ذكر العتق الحاصل بالاعتاق الاختياري الذي
هو الاصل ذكر في هذا الفصل عامة مسائل العتق
الذي يحصل بغير اختيار كالدخول في بيعه وخروج

عبد الحربي الينا مسلما وولد الامة من مولاها و
والرحم في الاصل وعاء الولد في بطن امه ثم سميت به
القرابة والوصلة من جهة الولاد رحما ومنه ذو
الرحم والمحرم هو الذي لا يجوز النكاح بينهما ولو كان
احدهما ذكرا والاخرى انثى ومن ملك ذا رحم محرم
منه عتق عليه وهذا اللفظ مروي عن رسول
الله صلى الله عليه وسلم رواه عمر وعبد الله بن
مسعود وعائشة وقال صلى الله عليه وسلم
من ملك ذا رحم محرم منه رواه الخمسة الا النسائي
واللفظ بعمومه يتناول قرابة مؤيدة بالمحرمية
ولادا او غيره وان قيل الضمير في مثله يعود
الى من كما في قوله صلى الله عليه وسلم من دخل
دار ابي سفيان فهو امن وامثاله فلا يكون
حجة اجيب بان وقوعه جزاء لقوله
من ملك يابى عن ذلك لئلا يلزم تحصيل الحاصل
فان تملكه يدل على حريته اذ المملوك لا يملك شيئا
فقوله هو حر او عاد [illegible] يكون تكرارا غير مفيد
فان قيل صح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
انه قال لن يجزي ولد والده الا ان يجده مملوكا
فيشتريه فيعتقه عطفا بالفاء التي للتعقيب فلا
يعتق ما لم يعتقه اجيب بانه دليل اصحاب و
الظواهر وليس بصحيح للزوم التعارض ومحمله و
ان مثله يستعمل في حصول الثاني بالاول بسبب
الحكاية كقولهم اطعمه فاشبعه وسقاه فارواه وضربه و
فاوجعه وامثال وقوله والشافعي خالفنا

في غيره اي في غير الولاد واستدل بان ثبوت العتق
على غير مقتضاه المالك بنفيه القياس ولا يقتضيه
وكلما ينفيه القياس لا يلحق به شيء آخر بالقياس
وكلما لا يقتضيه لا يدخل غيره فيه بالاستدلال اي
بدلالة النص الا اذا كان الملحق في معنى الملحق به
من كل وجه وههنا ليس كذلك لان قرابة الاخوة
وما يضاهيها نازلة عن قرابة الولاد ولهذا امتنع
التكاتب على المكاتب في غير الولاد ولا يمتنع فيه ولنا
ما روينا وهو قوله صلى الله عليه وسلم من ملك
ذا رحم محرم منه عتق عليه ولانه ملك قريبه
قرابة مؤثرة في المحرمية وكل من فعل ذلك
عتق عليه اما انه ملك ذلك فبالاجماع واما
ان كان من فعل ذلك وعتق عليه فبالقياس
على الولاد لان هذا المعنى وهو تملك القريب
المحرم هو العلة المؤثرة في الولاد والولاد
ملغى لانها اي القرابة المؤثرة في المحرمية و
هي التي يفترض وصلها ويحرم قطعها حتى توجب
النفقة وحرم النكاح اما حرمة النكاح فبالاجماع
واما وجوب النفقة فمذهبنا لما اثبت ذلك
من قبل بدليل قطعي وهو قوله تعالى وعلى الوارث
مثل ذلك كان ثابتا بالسنة فاستدل به ولسائلنا
هنا نكتة وهو قوله هذه القرابة صيانة عما انتفى
الدليل وهو ذل النكاح فلان يصان عن اعلاهما
اولى فان ادعى ان ذل النكاح اعلى فذلك ممنوع
تستدعي تفضيل الاماء على الحرائر وهو باطل قطعا

واجماعيا

واجماعيا على ان الرضاع يرفع ذل النكاح دون
الرق مما يحسم مادة هذه المكابرة فاين دافع
الاعلى يرفع الادنى لا محالة ولا فرق بين ان
يكون مسلما او كافرا وكذلك المملوك لعموم
العلة وهي القرابة المحرمة للنكاح فان قيل
ان هذه القرابة ان اوجبت العتق اوجبت
باعتبار العلة على ما اشار المصنف بقوله هي
التي يفترض وصلها وقرابة الاخوة لا توجب العلة
عند اختلاف الدين ولهذا لا تجب النفقة فلا
توجب الاعتاق ايضا اجيب بان علة النفقة
ليست القرابة المجردة في الاخوة بل بضمه الوراثة
بقوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك والاختلاف
الدين يمنع الارث فكذا ما بني عليه بخلاف العتاق
او كافرا في دار الاسلام لان الحربي لو ملك في دار
الحرب ذا رحم محرم منه لم يعتق عليه فانه اعتقه
لم ينفذ عتقه فكذا لا يعتق عليه بالملك فان قيل
عدم نفاذ العتق بالاعتاق لا يستلزم عدم
العتق بالملك فان الصبي والمجنون اذا اعتقا
لم ينفذ واما اذا ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه
فالجواب ان الاهل انما يمنع من العتق
يمنع بالاعتاق ايضا لان الحربي [illegible] بالملك انما
هو بالتزام الشرع [illegible]
ملتزم بالتزام [illegible] بالاعتاق [illegible]
[illegible] الصبي والمجنون [illegible] وهو ان الاعتاق
تصرف [illegible] من كل وجه وههنا ليس من اهله [illegible]

في موضعه وكذا اذا اعتق المسلم عبدا حربيا في دار
الحرب لم يعتق عليه قال في النهاية وبهذا يعلم
قوله في دار الاسلام في الكتاب متعلق بجميع
ما ذكر قبله من قوله ولا فرق بين ما اذا كان
المالك مسلما او كافرا لا يختص تعلقه بقوله او كافرا
وقوله والمكاتب اذا اشترى اخاه جواب
عن قوله ولهذا امتنع المكاتب على المكاتب في غير
الولاد وتقريره لا نسلم انه لا يتكاتب عليه بل قد
روي عن ابي حنيفة انه يتكاتب على الاخ ايضا
ولئن سلمنا فانما لا يتكاتب عليه لان المكاتب
ليس له ملك تام يقدره على الاعتاق لانه
عبد ما بقي عليه درهم وانما الحق بالملاك فيما
هو المقصود من الكتابة ومن لا قدرة له على
الاعتاق لا يعتق عليه لان فرض المسألة عند
القدرة فان قيل لو كان كذلك لما عتق عليه
قرابة الولاد اجاب بقوله بخلاف الولاد لان
العتق فيه من مقاصد الكتابة لانه عتق نفسه
كان مقصودا بالكتابة لكونه يتعير بالرق فكذلك
رق الوالد والولد فاذا كان من مقاصدها امتنع
البيع فيعتق عليه تحقيقا لمقصود العتق واما
حرية الاخ فليست من مقاصد عقد الكتابة
لعدم لحوق العار برقه برق ابيه او ابنه وقوله
وهذا ينتقض بما اذا ملك بنت عم جواب نقض
اجمالي تقريره لو كان يملك ذي الرحم المحرم علة
فيعتق على من يملك لعتقت ابنة العم التي هي اخته

من

٢٤٦

من الرضاعة على ابن عمها اذا اشتراها وليس كذلك
وتقرير الجواب ان المراد بالمحرمية محرمية
ثبتت فيها القرابة وهذه ليست كذلك لان الرضاع
هو المؤثر وذكر هذا الجواب انما هو لزيادة
الايضاح لانه كان معلوما من اهل دليله حيث
قال ولانه ملك قريبه قرابة مؤثرة في المحرمية
وهذه لم تكن كذلك والصبي جعل اهلا لهذا
العتق وكذلك المجنون فاذا دخل قريبهما
في ملكهما بغير صنع منهما كالارث والهبة عتق
عليهما لان العلة وهي ملك ذي الرحم المحرم
قد وجدت وقد تعلق به حق العبد فيعتقا
وكان كالنفقة قال ومن اعتق عبدا لوجه ومن
قال لعبده انت حر لوجه الله او للشيطان او
للصنم عتق لوجود ركن الاعتاق من اهله مضافا
الى محله من غير مانع شرعي فيترتب الحكم عليه
ووصف القربة وهو كونه لوجه الله تعالى في
الوجه الاول زيادة فلا يخل العتق بعدمه في
اللفظين الاخيرين يعني للشيطان او للصنم وقوله
وعتق المكره واضح وقد تقدم في الطلاق وان
اضاف العتق الى ملك مثل ان يقول لعبد الغير
ان اشتريتك فانت حر صح كما في الطلاق وان علقه
بشرط كقوله ان دخلت الدار فانت حر فكذلك
اما الاضافة ففيه خلاف الشافعي وقد تقدم بيانه
واما التعليق بالشرط فلان الاعتاق اسقاط و
والاسقاط يجري فيه التعليق بالاتفاق بخلاف

Copyright © King Saud University

التمليكات والخلاف فيه بيننا وبين الشافعي بوجه
اخر وهو ان زوال الملك بعده يبطل اليمين و
وعندنا لا يبطله فاذا قال لعبده ان دخلت الدار
فانت حر فباعه ثم اشتراه فدخل الدار عتق عندنا
خلافا له وقد عرفت في الاصول واذا اخرج عبد
الحربي الينا مسلما عتق لقوله صلى الله عليه
وسلم في عبيد الطائف حين خرجوا اليه مسلمين
هم عتقاء الله روى ابن عباس ان عبدين من
الطائف خرجا فاسلما فاعتقهما النبي صلى الله عليه
وسلم ولانه احرز نفسه وهو مسلم ولا استرقاق
على المسلم ابتداء وقيدنا ما لا بد الجواز عليه
بقا لانه في البقا من امور الحكمية دون الحقيقية
فيجوز بقاؤه كبقاء الاملاك بعد وجود اسبابها
وقوله وان اعتق حاملا ظاهر واعترض
عليه بانه لو لم يعتق امه لجاز بيعها وهو لا يجوز
بخلاف الهبة واجيب بانه لما اعتق ما في
بطنها لم يبق الجنين على ملكه فتبعه الامة بعد
ذلك صارت بمنزلة هبة الامة واستثناء الحمل
في الهبة شرط فاسد والهبة لا تبطل بالشروط
الفاسدة بخلاف البيع فانه يفسد بالشرط على
ما سيجي وقوله واشتراط بدل العتق
على غير المعتق لا يجوز قيل عليه سلمنا ذلك و
لكن ينبغي ان يتوقف العتق الى ان يبلغ الحمل
الى حد يكون من اهل القبول وهو ان يكون
عاقلا يعقل العقد كما مر في خلع الصغير حيث

قال

٢٤٧

قال فيه وان شرط الالف عليها توقف على قبولها
ان كانت من اهل القبول بان كانت عاقلة
تعقل العقد واجيب بان ذلك في صريح
الشرط واما ههنا فالمسالة مذكورة بكلمة على
فكان ذكر المال ههنا وصفا للاعتاق ولا يلزم
من بطلان الوصف بطلان الاصل فيثبت العتق
ولا يجب المال كما في طلاق الصغيرة وفيه نظر لانه
يقتضي انه لو ذكر بكلمة الشرط توقف ولا بد فيه
من الرواية واعتباره بخلع الصغيرة غير
صحيح لانه قال فيه وان شرط عليها توقف على
قبولها ان كانت من اهل القبول فالتوقف فيه
مشروط بكونها من اهل القبول والحمل ليس منه
والاولى ان يقال لما علم المعتق عدم كون الحمل
اهلا للخطاب وقبول الشرط واقدم على العتق
كان قاصدا للاعتاق بلا مال او يحمل حاله على
ذلك صونا لكلامه عن الالغاء وقوله
على ما مر في الخلع قال في النهاية هذه حوالة
غير رائجة ويحتمل ان يكون مراده مسالة الخلع
في الجامع الصغير فان في شرحه فرق بين الخلع
والاعتاق بجواز وجوب بدل الخلع على الاجنبي
دون الاعتاق لما ذكرنا في الخلع ان الاجنبي
في معنى المراة في عدم حصول شي لهما بمقابلة
المال فلما جاز عليها جاز على الاجنبي والاعتاق
يثبت القوة الحكمية التي لم تكن للعبد قبله وكان
في مقابلة شي يحصل له والاجنبي ليس في معناه

Copyright © King Saud University

فيكون اشتراط المال عليه كاشتراطه على المبيع لمن
غير المشتري وقوله وانما يعرف قيام الحمل
واصح لان التيقن بوجود الحمل في البطن انما يحصل
بذلك وقوله منه اي من وقته
العتق وولد الامة من مولاها حر لانه مخلوق
من مائه فيعتق عليه هذا هو الاصل يعني ان
الاصل ان يخلق الولد من صاحب الماء ولا معارض
له فيه اي في الولد لان ماء الامة لا يعارض ماءه
لان ماءها مملوك فيكون المائان لمالك واحد بخلاف امة الغير
لان ماءها مملوك لسيدها فتحققت المعارضة
وولدها من زوجها مملوك لسيدها لتعارض
المائين ويرجح جانب الام بامور منها الحضانة
وفيه نظر لان حق الحضانة انما تثبت بعد
الولادة فلا يجوز ان تكون مرجحا لما هو قبلها
ومنها استهلاك مائه بمائها لكون ما بها في محله
ومنها تيقن كونه مخلوقا من مائها بخلاف ماء
الزوج وكان الفراش من جانبها حقيقة وحكما
ومن جانبه حكما فقط والاول ارجح لا محالة
ومنها ان الولد ما دام جنينا فهو بمنزلة عضو
من اعضائها كيدها ورجلها الى ان ينفصل حسا
وشرعا اما حسا فانه يتنفس بتنفسها ويتغذى
بانتقالها حتى يقرض بالمقراض عند الانفصال منها
واما شرعا فلانه يعتق بعتقها وفيه نظر لان الكلام
في اثباته فلا يستدل به عليه وقوله
والمنافاة متحققة جواب عما يقال الترجيح انما

بعد

السابع والعشرون من الجزء الثاني

٤٣

بعد التعارض وتقريره التعارض موجود لان المنافاة
متحققة فانه لو اعتبر جانب الام كان مملوكا
لسيدها ولو اعتبر جانب الاب لا يكون مملوكا
لسيدها فتثبت المنافاة بخلاف الولد من المولى
فان للمولى اي جانب اعتبر وقوله
والزوج قد رضي به جواب عما يقال اذا اعتبر
جانب الامة حتى يكون الولد مملوكا لمولاها
تضرر الاب والتضرر مدفوع شرعا وتقريره
الزوج قد رضي برق الولد حيث اقدم على
تزوج الامة على ان الولد يرق به وفيه نظر
لان العلم بكون الولد رقيقا بتزوج الامة انما يكون
بعد ثبوت هذا الحكم في الشرع وكلامنا في شرعيته
وقوله بخلاف ولد المغرور ظاهر وولد
الحرة حر على كل حال لان جانبها راجح على ما ذكرنا
فيتبعها في وصف الحرية كما يتبعها في المملوكية والمرقوقية
وانما اورد هذين اللفظين لتغايرهما من حيث
الكمال والنقصان فان المدبر وام الولد كامل الرق
ناقص وفي المكاتب على العكس فعلى هذا يكون
قوله والتدبير وامية الولد والكتابة كالتفسير
لذلك **باب العبد الذي يعتق
بعضه** اخر اعتاق البعض عن اعتاق الكل لكونه
مختلفا فيه والمتفق عليه اولى بالتقديم واذا
اعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر وسعى
في بقيته لمولاه عند ابي حنيفة وقالا
يعتق كله واصله ان الاعتاق يتجزى عند

Copyright © King Saud University

فيعتق علي ما اعتق وعندهما لا يتجزي وهو قول الشافعي
يعني اذا كان المعتق واحدا او موسرا ان كان العبد
مشتركا واما اذا كان معسرا فملك الساكت
باق كما كان حتي جاز له ان يبيع ويهبه علي ما يجي
وكل ما لا يتجزي اضافته الي البعض كاضافته الي الكل
فلهذا يعتق كله قال صاحب الميزان المعني من
قولهما الاعتاق يتجزي ليس هو ان ذات القول
يتجزي او حكمه يتجزي لانه محال بل معني ذلك
ان المحل في قبول حكم الاعتاق يتجزي فيتصور
ثبوته في النصف دون النصف وحاصل الخلاف
راجع الي ان اعتاق النصف هل يوجب زوال
الرق عن المحل كله ام لا عنده لا يوجب بل يبقي
كل المحل رقيقا ولكن زال الملك بقدره وعندهما
زال الرق عن الكل لهم ان الاعتاق اثبات العتق
الذي هو قوة حكمية واثباتها بازالة ضدها
التي الرق لان المحل لا يخلو عن احدهما فازالة
احدهما توجب اثبات الاخر وهما لا يتجزيان
بالاتفاق فكذلك الاعتاق والا لزم تخلف
المعلول على العلة او تجزي العتق لانه اذا لم
يتجز فاما ان يثبت باعتاق البعض عتق كل
الرقبة او لا يثبت شي او يثبت بعضه وعلي كل
من الاول لزم تخلف المعلول عن العلة
وعلي الاخير لزم تجزي العتق وصار الاعتاق
كالطلاق في العفو عن القصاص والاستيلاد
في عدم التجزي فان قلت قد تقدم

ان

٤٩

انما الاعتاق عند الخصم اسقاط كالطلاق فكيف
جعله ههنا اثباتا للعتق قلت يجوز ان
يكون فعل ذلك بطريق التغليب على جهتهما
على جهة فقال لهم ان الاعتاق الي اخره ولابي
حنيفة ان الاعتاق اثبات العتق بازالة
الملك وهو الوصف الشرعي المطلق للتصرف
وهو اي مراده اعتاق ازالة الملك لا اثبات
العتق بازالة ضده الذي هو الرق ولا هو ازالة
الرق ليلزم عدم التجزي لان الملك حقه اي حق
المعتق والرق حق الشرع لان الكافر لما استنكف
ان يكون عبد الله جازاه الله فصيره عبد عبيده
او حق العامة لان الغانمين كما يقتسمون غير الرقيق
يقتسمونه وحكم التصرف ما يدخل تحت ولاية
المتصرف وهو ازالة حقه لا حق غيره وهذا
كما ترى بنا الكلام على احد امرين كل منهما مستقل
بافادة المطلوب وتقريره الاعتاق اثبات
العتق بازالة الملك والملك متجز فالاعتاق
كذلك وانما قلنا انه اثبات العتق بازالة
الملك لا بازالة الرق لان الاعتاق تصرف وكل
ما هو تصرف لا يتعدي ولاية المتصرف فالاعتاق
لا يتعدي ولاية المتصرف وولاية المتصرف انما
تكون على ما هو حقه وحقه الملك فولايته انما
تكون على الملك واما ان الملك متجز فذلك
بالاجماع لكنه تعلق به امر غير متجز وهو العتق
وتعلقه به لا يستلزم تجزيه عليه كجواز الصلاة

Copyright © King Saud University

بانه امر غير متجز تعلق بمتجز وهو الادهان وكذلك
الطهارة امر غير متجز يتعلق بمتجز وهو غسل الاعضاء
المغسول وضوء ولم يستلزم تجزيتهما ولا تجزية علتهما
وهي ارادة الصلاة هذا تقرير احد الامرين وتقرير
الاخر الاعتاق ازالة الملك والملك متجز فالاعتاق
ازالة متجز وازالة المتجزي متجز بيان ذلك
ما ذكرناه وهذا اسهل ماخذا ثم اذا تجزى الاعتاق
بزوال بعض الملك احتبس مالية بعض الملك في
عنده فيجب عليه السعاية والمستسعى بمنزلة
المكاتب عنده اي عند ابي حنيفة لان الاضافة
اي اضافة الاعتاق الى البعض توجب ثبوت
المالكية للعبد في الكل باعتبار العتق لانه لا يتجزى
وبقاء الملك في بعضه يمنعه عن ثبوت المالكية
في الكل باعتبار الرق لا يتجزى فقد اجتمع في
العبد ما يوجب ثبوت المالكية في الكل وما يوجب
بقاء الملك في الكل والعمل بالدليلين ممكن بان نجعله
مكاتبا فعملنا بهما وجعلناه مكاتبا لان المكاتب
مالك يدا او مملوك رقبة كالمستسعى ويجوز
ان يكون معناه اذ هو اي معتق البعض مالك
يدا الى اجل السعاية مملوك رقبة كالمكاتب
ويجوز ان يكون معناه اضافة العتق الى
البعض توجب ثبوت مالكيته في الكل كما هو قولهما
وبقاء الملك في بعضه يمنعه كما هو قول ابي حنيفة
فقلنا انه حر يدا مملوك رقبة كالمكاتب عملا
بالدليلين واذا كان المستسعى كالمكاتب كان

السعاية

فلان يعتبر ضمان المدبر وما اتلفه بعد تدبيره قابل
للنقل ضمان معاوضة كان او لا وقوله لانه
عتق ذلك مكاتب او حر على اختلاف الاصلين قال
الامام جلال الدين بن المصنف هذا غير مستقيم وكذا
قوله لا بد من رضا المكاتب بفسخه لانه عند
الاعتاق ليس بمكاتب ولا حر وانما يصير كذلك بعد
الاعتاق فالمستسعى عند ابي حنيفة وان كان
بمنزلة المكاتب الا انه لا ينفسخ بالعجز ولا بالتفاسخ
وانما الصحيح ان يقال لانه عند ذلك مدبر وقوله
على ما قالوا اشارة الى ان فيه خلافا قال بعضهم
نصف قيمة القن لان محل التدبير كان له فيه نوعا منفعة
البيع وما شاكله ومنفعة الاجارة وما شاكلها وقد زال
احدهما وهو البيع وبقي الاخرى وقال بعضهم قيمته
قيمة الخدمة ينظر كم يستخدم هو مدة عمره من حيث
الحزر والظن والاصح ما قاله في الكتاب ان منفعة
الوطي والسعاية باقية ومنفعة البيع زائلة وقيل
المتقوم على الاول وقوله وله تضمينه قيمة
ما ملكه بالضمان يعني ان المدبر نصيب الساكت واجتمع
في ملك المدبر ثلثا العبد وله ان يضمن قيمته و
ما كان له في الاصل وهو الثلث مدبر لان نصيبه
بعد التدبير كان منتقلا اليه من الوجه الذي ذكرنا
و فسد بالاعتاق فيضمن وليس له ان يضمن المعتق
قيمة الثلث الذي يملك على الساكت بالضمان
لوجهين احدهما انه ملك المضمون مستندا والمستند
ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر في حق التضمين

Copyright © King Saud University

فالثاني انه لما انتقل نصيب الساكت الى المدبر قام
المدبر مقام الساكت في ذلك الثلث والساكت
لا يملك تضمين المعتق فكذلك من قام مقامه و بالوجه
الثاني بعد ضم ما قيل على ما في الكتاب اذ احد نو
الشريكين اذا اعتق نصيبه وهو موسر يضمن الساكت
قيمة نصيبه ويرجع المعتق على العبد وان ثبت
له الملك مستندا وهو ثابت من وجه دون وجه
ووجه ذلك ان المدبر قام مقام الساكت باداء الضمان
وليس للساكت تضمين المعتق لما ذكرنا من نفي
تضمين المدبر ليكون الضمان ضمان معاوضة لكونه
الاصل فكذلك من قام مقام المعتق فلما قام مقام
الساكت باداء الضمان وكان للساكت ولاية الاستسعا
ء كان للمعتق ايضا تلك الولاية وقوله والولاء
بين المعتق والمدبر اي بين عصبة المدبر اثلاثا ثلثاه
للمدبر وثلثه للمعتق لان العبد عتق على ملكهما
على هذا المقدار فان قيل لو كان اداء الضمان يو
ثبت ملك نصيب الاخر كان للمعتق ثلثا الولاء و
ايضا لانه ادى الى المدبر ثلث قيمته مدبرا اجيب
بان ضمان المعتق الى المدبر ضمان اتلاف لا ضمان معاوضة
لما ذكرنا ان المدبر غير قابل للنقل من ملك الى ملك
فلم يملك المعتق شيئا بمقابلة ما ضمن واما المدبر فقد
ملك نصيب الساكت عند اداء الضمان مستندا الى وقت
التدبير على ما مر فصار كانه دبر ثلثاه من الابتدا
مستندا فيثبت له ثلثا الولاء وللمعتق الثلث لما ان
نصيب الساكت بعد ما انتقل الى المدبر لا ينتقل الى

المعتق

المعتق وقوله لانه ضمان تملك لان ضمان
المدبر ضمان تملك لانه تملك كسبه وخدمته
ولا يختلف باليسار والاعسار كضمان الاستيلاد
بخلاف الاعتاق فانه ضمان جناية وهو يختلف باليسار
والاعسار واعترض بان قولكم ضمان الجناية يختلف
باليسار والاعسار اردتم به مطلقة ضمان الجناية
او الجناية بالاعتاق والاول مردود بان من كسر
جرة انسان مثلا او اتلف ملكا من املاكه فانه
يجب عليه الضمان موسرا كان او معسرا والثاني تحكم
واجيب بان المراد به الثاني والتحكم مدفوع
لثبوته بقوله صلى الله عليه وسلم في الرجل يعتق
نصيبه ان كان غنيا ضمن وان كان فقيرا سعى العبد
في حصة الاخر فلا يقاس عليه غيره لكونه على خلاف
القياس قال وان كانت جارية بين رجلين اذا م
كانت الجارية بين رجلين زعم احدهما انها ام ولد
لصاحبه فهي موقوفة يوما اي يرفع عنها الخدمة
يوما وتخدم المنكر يوما عند ابي حنيفة وقالا ان
شاء المنكر استسعى الجارية في نصف قيمتها ثم تكون
حرة كلها لا سبيل عليها يعني للمقر بالاستسعاء لهما
انه لما لم يصدقه وتقريره ان المقر لو اقر على نفسه
بالاستيلاد صح فاذا اضافه الى من يملكه ولم يصدقه و
ذلك انقلب اقراره عليه واذا انقلب اقراره عليه
صار كانه استولدها فصار كما اذا اقر المشتري على
البائع انه اعتق المبيع قبل البيع فانه يجعل كانه اعتقه
واذا انقلب اقرار المقر على نفسه امتنع الخدمة للمنكر

Copyright © King Saud University

لان المقر صار باقراره كالمستولد لها ولا يمكن المنكر تصديق
اقرار المقر على غيره لانه ما اقر على نفسه بالاستيلاد
فكان نصيب المنكر على ملكه في الحكم محتبسا عن الجارية
فيجر الى العتاق بالسعاية كام ولد النصراني اذا اسلمت
يخرج الى العتق بالسعاية لتعذر ابقايها في يد المولى وملكه
بعد اسلامها واصراره على الكفر ولابي حنيفة ان المقر
لو صدق فتقريره موقوف على مقدمة هي ان الخبر ينقسم
الى صادق وكاذب قسمة حقيقية لا يجتمعان ولا يرتفعان
بنا على ان صدق الخبر وكذبه راجعان الى مطابقة
الواقع وعدمها فالمقر اما ان يكون صادقا في اقراره
او كاذبا فان كان الاول كانت الخدمة كلها للمنكر
وان كان الثاني كان له نصف الخدمة فيثبت
ما هو المستيقن به وهو النصف ولا خدمة للشريك
الشاهد ولا استسعا لانه يتبرا عن جميع ذلك
اما عن الخدمة فبدعوى الاستيلاد واما عن الاستسعا
فبدعوى الضمان ففي كلامه لف ونشر على ما يرى
وقوله والاقرار بامومية الولد يتضمن
الاقرار بالنسب جواب عن قولهما كانه استولدها
يعني انه لما اقر بامومية الولد يتضمن اقراره بها
الاقرار بالنسب والاقرار بالنسب امر لازم لا يرتد
بالرد حتى ان الرجل اذا اقر بنسب صغير رجل وكذبه
المقر له بنسب ذلك الصغير لنفسه لم يبطل لان
النسب لا يرتد بالرد فلا يمكن ان يجعل المقر كالمستولد
وان كانت ام ولد بينهما فان ولدت جارية بين رجلين
ولدا فادعياه فاعتقها احدهما وهو موسر فلا ضمان

عليه

رجاء ذلك لان السكنى من كفايتها فيجب لها كالنفقة
وقد اوجبه الله تعالى مقرونا بالنفقة حيث قال
اسكنوهن من حيث سكنتم وانفقوا عليهن من وجدكم
واذا وجب السكنى حقا لها ليس له ان يشرك غيرها
فيما لانهما تتضرر به فلانها من على متاعها ويمنعها
ذلك من المعاشرة ومن الاستمتاع وكلامه واضح
وقوله وهو الصحيح احترازا عما قول محمد بن
مقاتل الرازي فانه يقول لا يمنع المحارم من الزيارة
في كل شهر واذا غاب الرجل وله في يد رجل مال يعترف
به وبالزوجية وطلبت الزوجة النفقة فرض
القاضي في ذلك المال نفقة زوجته وولده الصغار
ووالديه وان لم يعترف به الرجل ولكن علم القاضي
ذلك فكذلك لانه لما اقر بالزوجية والوديعة فقد
اقر بان لها حق الاخذ لان لها ان تاخذ من مال
الزوج حقها من غير رضاه لحديث هند امراة
ابي سفيان واقرار صاحب اليد مقبول في نفسه
لا سيما ههنا فان اقراره ههنا اشد قبوله من اقرار
صاحب اليد في غير هذا الموضع لتعين طريق اثبات
الحق في اقراره لعدم اثباته بالبينة فانه لو انكر
احد الامرين من الزوجية والوديعة لا يقبل بينة
المراة فيه اي في احد الامرين لان اقامتها ان كانت
لاثبات الزوجية فالمودع ليس بخصم فيه وان كانت
لاثبات الوديعة فالمراة ليست بخصم في اثبات
حقوق الغايب واذا ثبت عليه الحق باقراره على
نفسه تعدى الى الغايب لكونه ما اقر به ملكه وطلب

بالفرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا جحد هو
الدين مديون الغايب او مودعاله وهما معترفان بثبوت
دين المدعي على الغايب فان القاضي لا يامر بقضا
دينه من الوديعة والدين واجيب بان امر القاضي
في حق الغايب انما هو للنظر له وفي الامر بالانفاق
على المراة ذلك ابقا لملكه وليس في قضا الدين
نظر لان فيه قضا عليه بقول الغير بازالة ملكه
ثم اذا جاز للقاضي ان يامر المودع بالانفاق عليها بالبينة
المحتملة للكذب فلان يجوز بعلمه الذي لا يحتمله
اولى وكذا اذا كان المال في يده مضاربة لانه امانة
من وجه وكذا اذا كان دينا قوله وهذا
ابي ما ذكرنا من جواز فرض القاضي النفقة اذا كان
المال من جنس حقها في النفقة دراهم او دنانير
او طعاما او كان ثيابا من جنس حقها في الكسوة اما
اذا كان المال من خلاف جنسه فلا يفرض النفقة
فيه لانه يحتاج الى البيع ولا يباع مال الغايب ههنا و
بالانفاق اما عند ابي حنيفة فلا يباع على الحاضر
لان البيع عليه انما يكون بطريق الحجر والحجر على الحر
العاقل البالغ عنده غير صحيح فكذا على الغايب بل
بطريق الاولى واما عندهما ان كان يقضي على و
الحاضر لانه يعرف امتناعه المشروط في جواز البيع
فلا يقضي على الغايب لعدم ذلك قال ويأخذ
منها كفيلا نظر للغايب من عنده المال اذا اعترف
به وبالزوجية بنظر القاضي فيحلفها انها ما استوفت
النفقة فاذا حلفت دفع اليها النفقة واحد منها

كفيلا

كفيلا لجواز ان يجحد الزوج فيقيم البينة على ايفا
نفقتها فان اتفق ذلك كان الزوج محتاجا الى اخذها
شيئا من المراة والكفيل وكلامه واضح لا يقضي
بنفقة في مال غايب الا لهولا يعني ووجه الغايب
ولده الصغار ووالديه واما غيرهم من المحارم و
الاخوة والاعمام والعمات فلا يقضي بنفقتهم
بينه ووجه الفرق ما ذكره في الكتاب وقوله
لانه مجتهد فيه قيل لان الشافعي لا يوجب النفقة
لغير الوالدين والمولودين وفيه نظر سياتي في
قوله ولو لم يعلم القاضي بذلك متصل بقوله
وكذا اذا علم القاضي بذلك وقوله ولم
يكن الرجل معترا به متصل بقوله يعترف به وبالزوجية
وقوله فاقامت البينة على الزوجية مو
يعني في الصورتين اذا كان ثم وديعة ولكن لم يكن و
الزوجية او اقامتها ليفرض القاضي نفقتها فيما اذا لم
يخلف مالا او لم يعلم القاضي بالزوجية وكلامه واضح
وقوله في هذه المسئلة اقاويل مرجوع و
عنها فلم نذكرها من تلك الاقاويل ما ذكروا هو
من قولهم اذا جحد المديون او المودع الزوجية بينها
والمال في يده فقد كان ابو حنيفة يقول اولا يقبل
بينتها على الزوجية ثم رجع فقال لا يقبل بينتها
ومنها ما اذا لم يكن للزوج الغايب مال حاضر فطلبت
المراة من القاضي ان يسمع بينتها على النكاح ليفرض
النفقة على الزوج ويأمرها بالاستدانة لم يجبها
الى شي من ذلك لان هذا قضا على الغايب وهذا

Copyright © King Saud University

قول ابي حنيفة الاخر وهو قولهما فاما قوله ابي حنيفة
الاول وهو قول زفر ومحمد الى ذلك وهو المذكور
في الكتاب فان كان للغايب دين ووديعة وكل
من المديون والمودع مقر بالدين والوديعة والنكاح
فالقاضي يامر اولا بالانفاق من الوديعة لان القاضي
نصب ناظرا ونظر القاضي في البداية بالوديعة لانها
تحتمل الهلاك بخلاف الدين **فصل**
لما فرغ من بيان النفقة والسكنى حال قيام
النكاح بينهما شرع في بيان ذلك بعد المفارقة
واذا طلق الرجل امراته فلها النفقة والسكنى
في عدتها رجعيا كان او باينا وقال الشافعي
لا نفقة للمبتوتة وهي التي طلقها الزوج ثلاثا
او طلقها بعوض وان كانت واحدة الا اذا كانت
حاملا اما الرجعي فلان النكاح بعده قايم لاسيما
عندنا فانه يحل له الوطي كما تقدم واما الباين
فوجه قوله ما روي عن فاطمة بنت قيس
الى اخره رواه مسلم وابو داود والترمذي
والنسائي وابن ماجه **وقوله** ولنا
عرفناه اي وجوب نفقة الحامل بالنص وهو
قوله تعالى وان كن اولات حمل فانفقوا
عليهن والدليل على انه في المطلقات اخر الاية
وهو قوله حتى يضعن حملهن والنفقة في
غير المطلقات غير مغياة بوضع الحمل **وقوله**
وصار كما اذا كانت حاملا اعترض عليه بان الحامل
لو كانت كالحامل في وجوب النفقة لم يبق للتخصيص

الحامل

٢٥٤

للحامل في النفقة فايدة واجيب بان الفايدة
رفع الاشتباه وبيانه ان الحايل تستحق النفقة
ثلاثة قروء فكان يشتبه بان الحامل ايضا تستحقه
ذلك القدر او زيادة فرفع ذلك وقال تمام
النفقة في جميع مدة الحمل حتى يضعن حملهن
وقوله **وقوله** ولا ندع كتاب ربنا يريد به قوله
تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم
ووجه ذلك ان الوجد هو السعة والغنى
وذلك مما يرجع الى ما يملكه اما الاسكان فانه
قد يملك اسكانها في غير ملكه حيث يسكن هو
ولا يملك الانفاق من غير ملكه وكان تقديره
والله اعلم ما تلاه ابن مسعود وانفقوا عليهن
من وجدكم **وقوله** سنة نبينا يريد به قوله
سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول
للمطلقة الثلاث النفقة والسكنى ما دامت في
العدة **وقوله** وردها ايضا زيد بن ثابت
واسامة بن زيد هو زوج فاطمة الراوية
فان اسامة اذا سمعها تحدث بهذا الحديث رماها
بكل شي في يده وقالت عايشة تلك المراة فتنت
العالم بروايتها هذا الحديث **وقوله** ولا نفقة
للمتوفى عنها زوجها ظاهر **وقوله** وكل فرقة
جاءت من قبل المراة بمعصية مثل الردة وتقبيل
ابن الزوج فلا نفقة لها انما لم يتعرض للسكنى لانها
واجبة في اي فرقة كانت لان القرار في البيت مستحق
عليها فلا يسقط بمعصيتها فاما النفقة فواجبة لها

Copyright © King Saud University

... سقط ذلك بمعصية من قبلها وفي الزيادة ... وذكر

شيخ الاسلام في مبسوطه وقال انما يسقط نفقة
المرتدة اذا اخرجت للحبس من بيت العدة واما اذا
اعتدت ولم تخرج من بيت الزوج للحبس فلها النفقة
وان طلقها ثلاثا ثم ارتدت والعياذ بالله سقطت
نفقتها وان مكنت ابن زوجها من نفسها فلها النفقة
والفرق ما ذكره في الكتاب وهو واضح قال في النهاية
وهذا الذي ذكرناه في الطلاق البائن والطلقات
الثلاث والمعتدة واما المعتدة بالطلاق الرجعي
اذا وطئها ابن الزوج او قبلها بشهوة وهي مطاوعة
او ارتدت حبست او لم تحبس فلا نفقة لها لان
الطلاق الرجعي لا يقع به الفرقة فكان وقوع الفرقة
بسبب وجد منها وهو معصية فيوجب ذلك
سقوط النفقة بخلاف الطلاق البائن **فصل**
لما فرغ من بيان نفقة الزوجات شرع في بيان
نفقة الاولاد الصغار على الاختصاص لا يشاركه
فيها غيره في ظاهر الرواية وقد روي عن ابي حنيفة
ان النفقة على الاب والام اثلاثا بحسب ميراثهما
بقوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك ووجه الظاهر
قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن
قيل في وجه الاستدلال ان رزق الوالدات
لما وجب الكفاية بقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن
على الاب بسبب الولد وجب عليه رزق الولد
بطريق الاولى وبيان وجوب نفقتهن عليه
كان بسبب الولد لان الحكم يترتب على مشتق وترتبه

على

على المشتق يدل على علية المشتق منه لذلك الحكم كما في
السارق والزاني وفيه نظر لما قدم ان علة وجوب
نفقتهن على الزوج هو الاحتباس فلا يجوز ان يكون
لغيره علة لئلا يتوارد علتان على معلول واحد
والجواب ان العلة هو الولد ولكونه هو المؤثر
في وجوب النفقة اذ هو السبب للجزئية الحاصلة
بين الزوجين والولد وكما تجب النفقة على نفسه
تجب على جزئه والاحتباس علة العلة والعقد
الصحيح سبب يفضي اليه فيجوز اضافة الحكم اليه
قبل تحقق الولد فاذا تحقق يضاف الحكم اليه ويجوز
ان يقال استدل بالاية على نفي مشاركة احد في
نفقة الزوجة بتقديم الظرف وقاس عليه نفي
المشاركة في نفقة الولد لان كلا منهما لا يقبل الاشتراك
فكذلك النفقة الثابتة بهما واذا نفي الاشتراك
فاما ان يثبت على الاب او على غيره لا سبيل
الى الثاني فتعين الاول وان كان الصغير رضيعا
فليس على الام ان ترضعه لما بينا ان الكفاية على
الاب واجرة الرضاع كالنفقة فكما انه يجب عليه
نفقته اذا فطم يجب عليه ان يستاجر من ترضعه
اذا وجدت ولانها قد لا تقدر على الارضاع لعذر بها
فلا معنى للجبر عليه وقيل قوله تعالى لا تضار والدة
بولدها معناه بالزامها الارضاع مع كراهتها فان
قيل فما معنى قوله تعالى والوالدات يرضعن
اولادهن حولين كاملين قلت ان كان معناه
الاخبار عن فعلهن حتى فعلن فلا حاجة الى ...

اليه جواب وان كان الامر وهو يرضعن كان محمولا على
الندب او الوجوب اذا لم يوجد من ترضعه او لم يقبل
الصغير على ثدي غيرها وهو الذي اشار اليه المصنف
بقوله اما اذا كان لا يوجد من ترضعه تجبر على
الارضاع صيانة للصبي عن الضياع او هو محمول
على الوجوب عليها ديانة حتى لا يجوز استيجارها
على الارضاع اذا كانت في عصمته او عدته على ما ذكر
في الكتاب فاستدل به فان قيل اذا كان بمعنى
الامر وجب ان يتناول باطلاقه المنكوحة والبائنة
قلت ان قوله تعالى فان ارضعن لكم فآتوهن
اجورهن في المطلقات واوجب ايتاء اجورهن
عند الارضاع فلو كان قوله يرضعن على اطلاقه
لوجب الارضاع على المطلقات وفي ذلك ابطال
عمل احدى الايتين فوجب حمله على المنكوحة ومن
في معناها وهي المطلقة الرجعية رواية واحدة
والمبتوتة في رواية اذا كانت في العدة عملا بالدليلين
بقدر الامكان وكلامه واضح وقوله ونفقة
الصغير واجبة على ابيه وان خالفه في دينه بان
اسلم الابن بنفسه والاب كافر او على العكس لان
اسلام الصبي العاقل وارتداده صحيح كما يجب نفقة
وان خالفته في دينه اما الولد فلاطلاق ما تلونا من
يريد به قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن الاية
ولانه جزؤه فيكون في معنى نفسه وكفره لا يمنع
عن نفقة نفسه فكذا في نفقة جزئه واما الزوجة
فلان السبب هو العقد الصحيح فانه يقتضي وجوب

النفقة

النفقة بازاء الاحتباس لما ثبت بدايتي بالعقد الصحيح
والعقد الصحيح بين المسلم والكافرة الكتابية موجود
والاحتباس مترتب عليه فيكون السبب موجودا فيجب
النفقة فان قيل سلمنا ان السبب موجود
لكن لم لا يجوز ان يكون الكفر مانعا كما في استحقاق
الارث فالجواب ان ما كان سببه العقد
فالكفر لا ينافي وجوبه كالمهر وثمن المبيع وغيرهما
والميراث ليس سببه العقد وانما مبناه على
الولاية والكفر ينافيها وقوله ولو استدل به
على نفقة الزوجة ايضا باطلاق قوله وعلى المولود
له الاية كان اسهل ثانيا لانه لا يدل على نفقتها
بعبارته وعلى نفقة الولد بالدلالة كما تقدم ولم
يحتج الى دفع ما توهم كلامه من التردد في سبب
النفقة فانه جعله ههنا العقد الصحيح وجعله
في قوله وعلى المولود له الولاد وقبله الاحتباس
الحاصل بالعقد ودفعه بما قدمناه وقوله
في جميع ما ذكرنا اي من نفقة الولد مع موافقة
الدين ومخالفته انما يجب على الاب اذا لم يكن
للصغير مال وتنكير مال يشير الى عمومه لوقوعه
في سياق النفي سواء كان من جنس النفقة او من
غير جنسها او دورا او عقارا وثيابا قال في الذخيرة
اذا كان للصغير عقار او ثياب واحتيج الى ذلك للنفقة
كان للاب ان يبيع ذلك كله وينفق عليه لان الاصل
في نفقة الانسان ان يكون في مال نفسه صغيرا
او كان كبيرا واعترض بان نفقة المراهقة على زوجها

Copyright © King Saud University

بانه كان لهما مال فالاصل منقوض بنا بقوله
ان الاصل عبارة عن حالة مستمرة لا يتغير الا
بامور ضرورية وقد يتحقق في نفقة المراة امر
ضروري تتغير وذلك لان نفقة المراة في مقابلة
الاحتباس فما دام الاحتباس فانما كانت النفقة
واجبة تحقيقا للمعاوضة ونفقة الولد للحاجة
ولا حاجة مع الغنى فكذلك **فصل**
لما فرغ من بيان نفقة الولد شرع في بيان نفقة الوالد
فقال ويجب على الولد ان ينفق على ابويه واجداده وجداته
اذا كانوا فقراء وان خالفوه في دينه اما الابوان
فلقوله وان جاهداك على ان تشرك بي ما ليس
لك به علم فلا تطعهما وصاحبهما في الدنيا معروفا
قيل نزلت في سعد بن ابي وقاص حين اسلم فقالت
له امه جميلة يا سعد بلغني انك صبوت
فوالله لا يظلني سقف بيت من الضح والريح و
لا اكل ولا اشرب حتى تكفر بمحمد وترجع على ما كنت
عليه وكان احب ولدها اليها فابى سعد وصبرت
هي ثلاثة ايام ولم تاكل ولم تشرب ولم تستظل ثلاثة
ايام حتى غشي عليها فاتى سعد النبي صلى الله عليه وسلم
وشكى ذلك اليه فنزلت هذه الاية وليس من
المعروف ان يعيش الولد في نعم الله ويترك من كان سببا
له في تلك المعيشة يموت من الجوع وقد فسر النبي
صلى الله عليه وسلم حسن المصاحبة بان يطعمهما اذا
جاعا ويكسوهما اذا عريا وكلامه واضح وقوله
لما تلونا اراد به قوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا

ولم

٢٥٧

ولم يذكر المصنف هاهنا ان الاب اذا كان قادرا على الكسب
هل يجبر الولد على الانفاق عليه او لا قال شمس
الائمة السرخسي اذا كان الاب كسوبا والابن ايضا
كسوبا يجبر الابن على الكسب والنفقة على الاب
وقال شمس الائمة الحلوائي لا يجبر على ذلك
واعتبره بذي الرحم المحرم بناء على ان استحقاق النفقة
للفقر والحاجة وهي تندفع عند القدرة على
الكسب وشمس الائمة يحتاج الى الفرق بين نفقة
الولد والوالد فان الولد البالغ اذا كان قادرا على
الكسب لا يجب على الاب نفقته وفرق بينهما بفضيلة
الوالد على الولد حيث اعتبرت حاجته ضرورية كانت
كالنفقة والكسوة او غيرها كشهوة الفرج فان
للوالد استحقاق استيلاد جارية الولد وليس للولد
استحقاق جارية الوالد فلو شرط هاهنا عجز الوالد عن
الكسب لاستحقاق نفقته على ولده كما شرط في حق
الابن لوقعت المساواة مع قيام دليل المفاضلة
وقوله ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين
ظاهر وقوله لانا نهينا عن البر في حق
من يقاتل قال الله تعالى انما ينهاكم الله عن الذين
قاتلوكم في الدين الاية فاستشكل بقوله تعالى وصاحبهما
في الدنيا معروفا فانه باطلاقه يوجب النفقة للوالدين
وان كانا حربيين واجيب بان العمل بالاطلاق يفضي
الى التعارض المفضي الى الترك فيمتنع فحمل ذلك
على اهل الذمة وهذا على اهل الحرب وقوله
ولا تجب على النصراني نفقة اخيه المسلم من فروع

قوله ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين متضمنا للفرق
بين عدم وجوب النفقة ووقوع العتق عند التملك
وكلامه في الفرق بينهما بان النفقة متعلقة بالارث
في غير قرابة الولاد بالنص وهو قوله تعالى وعلى
الوارث مثل ذلك والعتق متعلق بالقرابة والمحرمية
بالحديث يعني قوله صلى الله عليه وسلم من ملك ذا
رحم محرم منه عتق عليه وبالمعقول واضح هذا قوله
ودوام ملك اليمين اعلى في القطيعة من حرمان
النفقة فان حرمان النفقة قد يفضي الى الهلاك
ودوام ملك اليمين ليس كذلك فكيف يكون هو
اعلى ولان الانفاق صلة احيا حقيقة وصلة
العتق صلة احيا حكما ولا شك في ان الاحيا الحقيقي
اعلى والجواب ان الحاجة الى النفقة مقدورة
الدفع من غيره بان يسال الناس او يبره احد من
غير سوال فان الهلاك جوعا في العمر مع توفر محال
الزكوات والصدقات والمعروف نادر واما الحاجة
الى الاعتاق فانها لا يندفع الا من جانبه واما كون
الاحيا الحقيقي اعلى من الحكمي فبعد تسليم مردود بعدم
تعين تحققه من جانبه لما قلنا قال ولا يشارك الولد
في نفقة ابويه احد لا يشارك الولد في نفقة ابويه
احد من الاخوة والاخوات والاعمام وغيرهم في ظاهر
الرواية لان لهما تاويلا في مال الولد وهو قوله
صلى الله عليه وسلم انت ومالك لابيك فكانا غنيين
بماله والغني لا تجب نفقته على غيره فان قيل
التاويل يثبت غير الواحد فلا تعارض اطلاق قوله

وعلى

وعلى الوارث مثل ذلك قلت الحديث مشهور ويجوز
به الزيادة سلمنا انه من الاحاد لكن ترك اطلاق قوله
وعلى الوارث مثل ذلك لما ذكرنا من الدلايل على
تقييدها بغير قرابة الولاد المستندة الى قوله تعالى
وعلى المولود له رزقهن الاية كما تقدم فان قلت
لا منافاة بين الايتين لان قوله تعالى وعلى المولود
له رزقهن يقتضي ان يشاركه الجد للابن كما ان
قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك يقتضيه قلت
لما ثبت للوالد التاويل في مال الولد بالاجماع صار
غنيا به والغني لا تجب نفقته على والده فلا يشاركه
الجد الابن وقوله ولانه اقرب الناس
اليهما اي الولد اقرب الناس الى الوالدين والاقرب
اليهما اولى لاستحقاق نفقتهما عليه لانها صلة وجب
بالقرابة فمن كان اقرب اولى بالاستحقاق له هو
وعليه وهي على الذكور والاناث بالسوية
في ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابي حنيفة
ان النفقة بين الذكر والانثى اثلاثا للذكر مثل
حظ الانثيين على قياس الميراث وعلى قياس هو
نفقة ذوي الارحام ووجه الظاهر ما ذكره في
الكتاب لان المعنى يشملهما وبيانه ان استحقاق
الابوين انما هو باعتبار التاويل وحق الملك
لهما في مال الولد بقوله صلى الله عليه وسلم انت
ومالك لابيك وهذا المعنى يشمل الذكور والاناث
فيكونان سوا ولهذا يثبت لهما هذا الاستحقاق مع
اختلاف الملة وان انعدم التوارث فقوله وهو

Copyright © King Saud University

الصحيح احترازا عن رواية الحسن وقوله
والنفقة لكل ذي رحم محرم مبتدأ وخبره محذوف
أي النفقة لكل ذي رحم محرم وهو من لا يحل نكاحه
على التأبيد واجبة إذا كان صغيرا فقيرا أو كانت
امرأة بالغة فقيرة أو كان ذكرا فقيرا زمنا أو أعمى
لأن الصلة في القرابة القريبة واجبة دون
البعيدة والفاصل بينهما كونه ذا رحم محرم بدليل
قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك لأن الإشارة
إلى البعيد فيكون إشارة إلى أول الآية وهو
وهو قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن
فيدل على أن على الوارث النفقة وتقييده
بذي الرحم المحرم بقراءة ابن مسعود وعلى الوارث
ذي الرحم المحرم مثل ذلك ولا شك أن قراءته كانت
مسموعة من النبي صلى الله عليه وسلم ثم لا بد من
الحاجة لاستحقاقها لذلك والصفات المذكورة
وهي الصغر والأنوثة والزمانة والعمى أمارة
الحاجة لتحقق العجز فإن القادر على الكسب
غني فإن قيل ما بال الأبوين لا يعدان غنيين
بقدرتهما على الكسب أجاب بقوله بخلاف الأبوين
إلى آخره وهذا اختيار شمس الأئمة السرخسي
وهو ظاهر الرواية وقد مر آنفا وقوله و
يجب ذلك يعني النفقة على قدر الميراث ويجبر عليه
أي على الإنفاق أما التقدير فلأن الله تعالى
نص على الوارث بقوله وعلى الوارث مثل ذلك
بينها على اختيار المقدار لأنه رتب الحكم على

المشتق

المشتق منه هو العلة فيثبت الحكم بقدر علته وعلى
هذا لو أوصى لورثة فلان وله بنون وبنات
كانت الوصية لهم على قدر الميراث وعلى هذا إذا كان
الرجل زمنا معسرا وله ابن معسر صغيرا وكبير زمن
وللرجل ثلاثة إخوة متفرقون موسرون فنفقة
الرجل على أخيه لأب وأم وعلى أخيه لأم أسداسا
بحسب ميراثهما أما نفقة الولد فعلى الأخ لأب
وأم خاصة لأن ميراث الولد عند عدم الأب له
خاصة فإنه عم لأب وأم فلا يرث معه العم لأب ولا
العم لأم والحاصل أن من يكون محتاجا يجعل
معدوما ويكون النفقة بعده على من يكون وارثا
بحسب الميراث بأن كان الولد ابنة كان نفقة
الأب والابنة على الأخ من الأب والأم خاصة
أما نفقة الابنة فلما بينا وأما نفقة الأب فلأن
الوارث ههنا الأخ لأب وأم خاصة لأن الأخ لأب
وأم يرث مع الابنة والأخ لأم لا يرث معها فلا بد
خاصة أن يجعل البنت كالمعدومة ولكن يعتبر صفة
الوراثة مع بقائها بخلاف الابن فإنه لا يرث
معه أحد من الإخوة فلا بد من أن يجعل كالمعدوم
وإذا جعل كذلك كان ميراث الأب يكون بين الأخ لأب
وأم والأخ لأم أسداسا فالنفقة عليهما بحسب
ذلك وهذا الحد إذا كان الميراث فيما بينهم ولم يتجاوز
إلى غيرهم وأما إذا تجاوز عنهم إلى غيرهم كما إذا كان
للصغير والكبير الفقير خال موسر وابن عم موسر
فالنفقة على ذي الرحم المحرم الذي لم يرث لا على

Copyright © King Saud University

غير ذي الرحم المحرم الذي هو وارث فيكون فيما نحن
فيه على الخال دون ابن العم الذي يحوز الميراث
لان النفقة على ذي الرحم المحرم وابن العم ليس كذلك
فيجب عليه على ما سنذكره في الكتاب فان قيل
هذه النفقة مبنية على الميراث بالنص فكان من
الواجب ان يجب النفقة على ابن العم لكونه وارثا
ولا تجب على الخال لكونه غير وارث اجيب بان
نفقة ذي الرحم المحرم واجبة تحقيقا للصلة وتحقيق
صلة قرابة ابن العم ليس بواجب بدليل جواز
المناكحة في حقه بخلاف الخال فان صلته واجبة
والنفقة منها فيجب عليه قال وتجب نفقة
الابنة البالغة والابن الزمن كلامه واضح وقوله
ووجه الفرق يعني بين نفقة الولد الصغير حيث
وجبت بجملتها على الاب خاصة وبين نفقة الولد
الكبير الزمن حيث وجب ثلثاها على الاب والثلث
على الام كما في الارث انه اجتمعت للاب في الصغير
ولاية ومؤنة حتى وجب عليه صدقة فطره وكان
بمنزلة نفسه وغيره لا يشاركه في النفقة فكذا
في النفقة على الصغير واما الكبير فليس للاب
ولاية عليه لبلوغه فكان كسائر المحارم نفقته معتبرة
بميراثه وميراثه يكون بينهما اثلاثا فكذلك
نفقته وقوله اخماسا على قدر
الميراث يعني لان له الاخماس من الميراث تكون
للاخت لاب وام والخمس للاخت لاب والخمس للاخت
لام بالفرض والرد فكذلك النفقة على هذا

التفصيل

التفصيل قوله غير ان المعتبر استثناء من قوله
في الوالد يعتبر على قدر الميراث والمراد باهلية
الارث لا احرازه ثم يشير بقوله فان المعسر
المعسر اذا كان له خال يعني وهو موسر وابن عم
كذلك فالنفقة على الخال وابن العم يحوز الميراث
لما قدمنا ان الخال والعم ذو رحم محرم دون ابن العم
وهذا راجع الى قوله لا احرازه وقوله
ولا تجب نفقتهم مع اختلاف الدين راجع الى قوله
المعتبر اهلية الارث وقوله ولا بد من
اعتباره اي اعتبار الارث بان يكون اهلا له
لا محرزا ولهذا قلنا لا تجب على النصراني
نفقة اخيه المسلم ولا عكسه وقوله ولا
تجب على الفقير ظاهر وقوله بما يفضل
على نفقة نفسه وعياله شهرا قيل هذا اذا كانت
نفقته من مستغلاته او بما يفضل على ذلك من
كسبه الدائم اذا كان محترفا ينفق من كسب يده
وقوله والفتوى على الاول يعني ان اليسار
مقدر بالنصاب لكن النصاب نصاب حرمان الصدقة
وهو مائتا درهم اذا كان فاضلا عن حوائجه الاصلية
وهو الصحيح لان النفقة اشبه بصدقة الفطر لكونها
مؤنة من وجه صدقة والصدقة مؤنة من كل وجه
فلما لم يشترط لوجوب صدقة الفطر الغنى الموجب
للزكاة فلان لا يشترط ههنا وهي مؤنة من وجه
اولى ونقل في خلاصة الفتاوى عن الاجناس
قال في نوادر ابي يوسف يشترط نصاب الزكاة

Copyright © King Saud University

ثم قال في الخلاصة هكذا قالت الحفدة
في الفتاوى الصغرى ان انفق منه درهم لا شي عليه
وان كان للابن الغايب مال قضي فيه بنفقة ابويه
وقوله وقد بينا الوجه فيه يريد ما تقدم
من قوله ولا يقضي بنفقة في مال غايب الا لهولاء
الى قوله ولهذا كان لهم ان ياخذوا فكان قضا القاضي
اعانة لهم وقوله واذا باع ابوه متاعه
ظاهر وقوله وكذا لا يملك الام في نو
النفقة مخالف ما ذكره في الاقضية وما ذكره هو
العقد ورى من جواز البيع للاب يوتي فاما ان يكون
في المسيلة روايتان في رواية الاقضية نعم
والعقد وري يملك الام البيع كالاب لان معنى الولادة
يجمعهما وهما في استحقاق النفقة على السواء واما ان
يكون ما في الاقضية والعقد وري ماولا بان للاب
تقوالذي يبيع لكن لنفقتهما فاما في البيع اليهما
من حيث ان منفعة البيع تعود اليهما وهو الظاهر
وقوله لان للاب ولاية الحفظ في مال الغايب
اعترض عليه بانه كذلك لكن الغرض انه يبيعه لنفقته
وانما صح بيعه ان لو كان قصده البيع للحفظ واجيب
بانه لما جاز بيعه للحفظ حقيقة فبقصده الانفاق
لا يتغير تلك الحقيقة اذ لا تاثير للعزيمة في تغيير
الحقيقة لا يقال عار من جهة الحفظ جهة الاتلاف
بالانفاق لانا نقول الاتلاف بعد وجوب النفقة
وفي الحال لم يجب فلا تعارض وقوله على
ما مر اشارة الى ما قاله ولهذا كان لهم ان ياخذوا

فكان

فكان قضا القاضي اعانة لهم قوله لانه ملكه
بالضمان يعني ان الاجنبي ملك المدفوع بالضمان فظهر
انه كان متبرعا بمال نفسه وقوله بخلاف نفقة
الزوجة اذا قضى القاضي يعني انها لا تسقط بمضي
المدة لانها تجب في مقابلة الاحتباس لا بطريق الحاجة
ولهذا تجب مع يسارها فلا تسقط بحصول الاستغنا
فيما مضى وقوله الا ان ياذن القاضي له
بالاستدانة عليه استثنا من قوله مضت مدة سقطت
ومعناه اذا اذن القاضي بالاستدانة عليه لا يسقط
نفقتهم لانها كنفقة الزوجة وان مضت مدة القاضي
له ولاية عامة فصار اذنه بالاستدانة كامر الغايب
بها ولو امر الغايب بالاستدانة صار دينا في ذمته ثم
لا يسقط بمضي المدة فكذا اذا اذن القاضي بذلك ثم
واذا تذكرت ان نفقة الزوجة جزا الاحتباس ونفقة
الاقارب للكفاية ظهر لك وجه ما قال في الذخيرة هو
ان القاضي اذا فرض للزوجة في الشهر ما ثم مضت
المدة وفي يدها منه شي لم يحتسب للشهر الثاني
ولو كان ذلك في نفقة الاقارب حوسب به هو
وان القاضي اذا فرض للزوجة كسوة لمدة معينة
فسرقت ليس عليه ان يكسوها حتى يفرغ المدة
ولو كان ذلك في الاقارب وجب عليه ان يكسوهم

فصل جمع في هذا الفصل بين
نفقة الرقيق وغيره من الحيوانات واخره عن الجميع
وهو في محله ظاهر مذهب اصحابنا ان الانسان
لا يجبر على الانفاق على ملكه سوى الرقيق واما

Copyright © King Saud University

في الله وان ينفق عليها بنفسه رضي الله تعالى بالوفاق
عليهما او في عبد او امة كانا وروى القصار فانه لا ينفق
بها ايضا الا انه كان فيه تضييع المال كان ترك الانفاق
مكروها وكله واضح وفرق بين نفقة الزوجة
والمملوك في ان المولى اذا امتنع عن الانفاق وهو
ممن لا كسب له اجبر على بيع المملوك والزوج اذا امتنع
عن الانفاق على الزوجة لا يجبر على الطلاق معه
بان في الاجبار على البيع ازالة ملك المولى
الى خلف وهو الثمن وفي عدمه فوات حق المملوك
في النفقة لا الى خلف لان نفقة المملوك لا تصير
دينا على المولى بحال من الاحوال واما في النكاح
ففي الاجبار على التفريق فوات ملك الزوج من
غير خلف وفي عدمه فوات حق المرأة في الحال
الى خلف لصيرورة نفقتها بقضاء القاضي دينا على
الزوج وكان تاخيرا وقوله على ما ذكرنا
اشارة الى قوله بخلاف النفقة الازواج اذا قضى
بها القاضي لانها تجب مع يسارها فلا تسقط فكان
الضرر اللاحق بالزوج اشد وكان بالدفع اولى
وعن ابي يوسف انه يجبر وهو قول الشافعي و
وقاسه على الرقيق والاصح ما قلنا يعني من عدم
الجبر لان اختيار القاضي المولى على مملوكه نوع قضاء
والقضا لا بد له من مقضي له وهو من اهل الاستحقاق
وهذا يوجد في الرقيق لكونه من اهل ان يستحق
حقا على المولى وعلى غيره وفي الجملة الاولى انه
بالكتابة يستحق حقوقا على المولى وان كان مملوكا

تاما

الامتناع وقد امكن القول بوجوبه لغيره فكان
يمينا وهذا هو الموعود فيما تقدم وقد روى
عن محمد انه اذا قال هو يهودي ان فعل كذا هو
نصراني ان فعل كذا فهما يمينان وان قال هو يهودي
هو نصراني ان فعل كذا فهو يمين واحدة لان في
الاول كل واحد من اللفظين تام فذكر الشرط
والجزاء وفي الثاني كلام واحد ضمن ذلك الشرط مرة
واحدة وقوله ولو قال ذلك لشيء فعله
يعني لو حلف بهذا اللفظ على امر ماض فان
كان عنده انه صادق فلا شيء عليه وان يعلم
انه كاذب فهو الغموس ولا يكفر اعتبارا بالمستقبل
يعني كما لو حلف به على امر في المستقبل فانه
في المستقبل كان يمينا يكفر ولا يكفر الحالف كذلك
اذا كان في الماضي وقيل وهو قول محمد بن مقاتل
يكفر لانه علق الكفر بما هو موجود والتعليق
بالموجود تنجيز فكانه قال هو يهودي قال
في النهاية والصحيح انه ان كان عالما يعرف انه
يمين فانه لا يكفر به في الماضي وان كان جاهلا
او عنده انه يكفر بالحلف فانه يكفر في الماضي و
والمستقبل لانه لما اقدم على ذلك الفعل وعنده
انه يكفر فقد رضي بالكفر قوله حرمة هذه
الاشياء تحتمل النسخ والتبديل قال في النهاية
من الزنا والسرقة فانهما لا يحتملان النسخ ويكون
الفعل المقصود بالزنا لغير المقصود بالسرقة فيه
جاز ان يكون حلالا لانه يوجد النكاح وملك اليمين

فسمي احتمال انقلابهما من الحرمة الى الحل بالسبب او
الشرعي نسخا وتبديلا واما الخمر والربا فيحتمله لان
النسخ اما الخمر فظاهر فانها كانت حلالا ثم انتسخ
واما الربا فيحتمل النسخ في نفسه وان لم يرد النسخ
في حقه الا ترى انه يحل في دار الحرب **واقول**
في كلام المصنف لف ونشر على غير سنن وذلك
لان قوله نسخا متعلق بشرب الخمر واكل الربا وقوله
تبديلا بالربا والسرقة ويراد بالتبديل
انقلاب الحل على ما ذكر وهذا افاده والحمل
على الاولى اولى فاذا كان كذلك لم تكن حرمة
هذه الاشياء في معنى حرمة اسم الله تعالى لان
حرمته لا تحتمل ذلك بحال فلا يتحقق اليمين بذكر
هذه الاشياء ولانه ليس بمتعارف فلا يكون
يمينا **فصل في الكفارة** لما فرغ
من بيان الموجب شرع في بيان الموجب وهو
الكفارة لكن هي موجب اليمين عند الحنث لان
اليمين لم يشرع للكفارة بل يتقلب موجبها
عند انتقاضها بالحنث وهذا واضح وكون الواجب
احد الاشياء على التخيير او واحد معينا عند الله
وان كان مجهولا عندنا وعدم حمل الشافعي
المطلقة على المقيد على ما هو من مذهبه وغير
ذلك مذكور في التقرير فليطلب ثمة **وقوله**
وهو الصحيح احتراز عما روي في نوادر ابن سماعة
انه يجوز وفي رواية اخرى ان اعطى السراويل
المرأة لا يجوز وان اعطى الرجل يجوز لان المعتبر

رد

رد العورة بقدر ما يجوز به الصلاة لان ستر
العورة فرض لا تجوز الصلاة بدونه اما ما زاد و
تحليه فيعتبر للتجمل او للتدفؤ فلا يؤاخذ عليه
في الكسوة كما لا يؤاخذ عليه الادام في الطعام
وقوله لكن ما يجزيه عن الكسوة
يجزيه عن الطعام باعتبار القيمة يعني لو اعطى
كل مسكين نصف ثوب لم يجزه من الكسوة لان ثم
الاكتسا لا يحصل به ولكنه يجزيه من الطعام اذا كان
نصف ثوب يساوي نصف صاع من حنطة وكذا
لو اعطى عشرة مساكين ثوبا بينهم وهو ثوب كثير
القيمة يصيب كلا منهم اكثر من قيمة ثوب لم يجز
من الكسوة لانه لا يكتسي به كل واحد منهم لكن
يجزيه من الطعام وهل يشترط النية اولا ذكر
شيخ الاسلام في ظاهر الرواية يجزيه نوى ان
يكون بدلا عن الطعام او لم ينو وعن ابي يوسف
اذا نوى ان يكون بدلا عن الطعام يجزيه عن
الطعام وان لم ينو لم يجزه وان قدم الكفارة على
الحنث لم يجزه وقال الشافعي يجزيه بالمال لانه
اداها بعد السبب وهو اليمين لانها تضاف الى
اليمين يقال كفارة اليمين والواجبات تضاف الى
اسبابها حقيقة فالاداء بعد السبب جائز لا محالة
واشبه التكفير بعد الجرح ولنا ان الكفارة لستر
الجناية ولا جناية ههنا لانها تحل بهتك حرمة
اسم الله تعالى بالحنث واليمين ليست بسبب **وقوله**
جواب عن قوله لانه اداها بعد السبب وهو

Copyright © King Saud University

اليمين و وجهه ان السبب ما يكون مفضيا واليمين
غير مفض الى الكفارة لانها تجب بعد نقضها
بالحنث وانما اضيفت اليها لانها تجب بحسب
بعد اليمين كما تضاف الكفارة الى الصوم تعلي
الحرج لانه مفض الى الموت قوله لا يسترد
من المسكين قيل هو معطوف على قوله لم يجزه
يعني وان لم تقع كفارة اذا دفع الى المسكين قبل
الحنث لكن لا يسترد منه لانه قصد شيئين ستر
الجناية وحصول الثواب ولم يحصل الاول لعدم
الجناية فيحصل الثاني فيكون قد وقعت به
صدقة ولا رجوع فيها ومن حلف على معصية
مثل ان لا يصلي او لا يكلم اباه او ليقتلن فلانا
ينبغي ان يحنث نفسه ويكفر عن يمينه لقوله
صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين وراى
غيرها خيرا منها فليات بالذي هو خير ثم ليكفر
عن يمينه معناه من حلف على مقسم عليه
من فعل او ترك لان اليمين مركبة من مقسم
به وهو الله و مقسم عليه وهو قوله لافعلن
او لا افعله فكان من باب ذكر الكل وارادة
البعض وفي وجه الاستدلال به نظر لانه قال
وراى غيرها خيرا منها فالمدعي مطلق والدليل
مقيد فلعله لم ير غيره خيرا والجواب
ان حال المسلم يقتضي ان ترك المعصية خير
منها فيجعل الشرط موجودا نظرا الى حاله وقوله
ولا تجب فيها قلنا يعني اذا الكفارة بعد الحنث تفوت

الى

٢٦٤

الله عليه وسلم لم ينكر عليها الخروج لها الاستفتاء وقوله
والاولى ان لا تخرج وهو ان تبيت لان مكثها في
منزل الزوج واجب وسكنه فيه مباح ورعاية الواجب
اولى قوله وان ضاق عليهم المنزل بعد
فلتخرج يسيرا الى ضيق المنزل من جملة الاعذار و
اذا خرجت فالى الزوج تعيين الموضع التي تنتقل
اليه بخلاف المتوفى عنها زوجها اذا خرجت بعذر
فان التعيين اليها لاستبدادها في امر السكنى
وقوله واذا خرجت زوجها الى مكة فطلقها ثلاثا
او مات عنها هذه المسئلة على وجوه لانه لا يخلو اما
ان يكون بينها وبين مصرها اقل من ثلاثة ايام
او ثلاثة ايام فصاعدا فان كان الاول رجعت
الى مصرها سوا كان بينها وبين مقصدها اقل من
ثلاثة ايام او لا وثانيا اما اذا كان ثلاثة ايام فظاهر
لان المضي الى مقصدها يكون سفرا والرجوع لا يكون
واما اذا كان اقل منها فلانها كما رجعت صارت مقيمة
واذا مضت كانت مسافرة مالم تصل الى المقصد فاذا
قدرت على الامتناع من استدامة السفر في العدة
تعين ذلك عليها وان كان الثاني فلا يخلو اما ان
يكون بينها وبين مقصدها ثلاثة ايام او اقل فان كان
ثلاثة ايام فهي بالخيار ان شاءت رجعت الى مصرها
وان شاءت مضت سواء كان معها ولي او لم يكن لان
المكث في ذلك المكان اخوف عليها من الخروج لان وضع
المسئلة في الخروج الى مكة وغالب طريقها مفاوز و
معاطش فلابد من الخروج قيل وينبغي ان تختار الاقرب

الجانبين وهي في هذه المسألة كالتي اسلمت في دار
الحرب فلها ان تهاجر من غير محرم لانها خائفة على نفسها و
دينها فهذه في المفازة كذلك وقال المصنف لان الرجوع
اوفق ليكون الاعتداد في منزل الزوج وان كان اقل مضت
الى مقصدها لانها اذا مضت لا تكون منشئة سفرا ولا و
سائرة في العدة مدة السفر وان رجعت كانت منشئة
سفرا فلهذا مضت الى مقصدها ولم يذكر المصنف في هذا
الكتاب هذا الشق اعتمادا على انه يفهم من الشق الاول
لانه اذا كان الجانبان متساويين كانت بالخيار فاذا كان
احدهما اقل تعين وقوله الا ان يكون طلقها
اوماتت عنها في مصر استثناء من قوله ان شاءت رجعت
وان شاءت مضت يعني ان لها الخيار في ذلك الا اذا
كانت المفازة في مصر فليس لها ان تخرج حتى تعتد ثم
تخرج ان كان لها محرم عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف
ومحمد ان كان معها محرم فلا باس بان تخرج من المصر قبل
ان تعتد لان نفس الخروج مباح بالاتفاق دفعا لاذى الغربة
ووحشة الوحدة وانما الحرمة للسفر وقد ارتفعت
بالمحرم واذا ارتفع الحرمة عاد مباحا وقوله
وهذا اعذر اشارة الى نكتة اخرى هي ان التربص
على المعتدة في منزلها وان كان واجبا لكن يجوز لها
الانتقال بعذر كانهدام المنزل وغيره واذى الغربة و
وحشة الوحدة عذر يجوز لها الانتقال نظرا الى
وجود المقتضي وانتفاء المانع وهو ارتفاع المحرم الحاصل
للسفر بوجود المحرم ولابي حنيفة ان العدة امنع من
الخروج من عدم المحرم لما ذكره في الكتاب وهو واضح باب

ثبوت

ثبوت النسب لما ذكر انواع المعتدات من ذوات
الاقراء والاشهر والاحمال ذكر ما يلزم من اعتداد اولات
الاحمال وهو ثبوت النسب في هذا الباب ومن
قال ان تزوجت فلانة فهي طالق فتزوجها فولدت
لستة اشهر من يوم تزوجها اي من وقت تزوجها
لان اليوم قرن بفعل غير ممتد فيكون بمعنى الوقت
يعني من غير زيادة ولا نقصان فهو ابنه وعليه
المهر اما النسب فلانها فراشه لانها لما جاءت بالولد
لستة اشهر من وقت النكاح فقد جاءت به لاقل منها
من وقت الطلاق لان الطلاق مشروط بالنكاح و
المشروط يعقب الشرط بزمان وان لطف فيكون
العلوق قبل الطلاق في حالة النكاح فان قيل
هذا النكاح لا يتصور فيه الوطء فالاعلاق لانه
كما تزوج وقع الطلاق وبدون ذلك لا يثبت النسب
الذي هو اثر نسب ولد جاءت به امراة الصبي لا يثبت
كذلك اجاب بقوله والمتصور ثابت بان
يتزوجها وهو على بطنها يجامعها والناس
يسمعون كلامهما فيكون الانزال قد وافق تمام النكاح
مقارنا للطلاق لان الطلاق لا يقع الا بعد تمام الشرط و
وزوال الفراش حكم الطلاق فيكون العلوق حاصلا
قبل زوال الفراش حقيقة فيثبت النسب فان
قيل هذا في غاية الندرة فكيف يبنى عليه الحكم
اجاب بقوله والنسب يحتاط في اثباته يعني ولو
كان نادرا لكن النسب يحتاط في اثباته فيجب بناؤه على
هذا النادر وهذا اذا جاءت به لستة اشهر من غير زيادة

Copyright © King Saud University

ولا تقعان واما اذا ولدته لاقل منهما فلا يثبت النسب
لان علوقه كان سابقا على النكاح قبل ثبوت الفراش
فلا يكون منه وكذلك ان ولدت لاكثر منهما لانه حين
طلقت حكمنا بانه لا عدة لها لانها مطلقة قبل الدخول
والخلوة ثم يتيقن ببطلان هذا الحكم لاحتمال انه
علق من زوج اخر بعد الطلاق بخلاف ما اذا لم
جاءت به لستة اشهر من وقت التزوج فقد جاءت بالولد
لاقل من ستة اشهر من وقت ما اذا جاءت به لستة
اشهر من وقت التزوج الطلاق فتيقنا بقيام
الولد في البطن وقت الطلاق فبعد ذلك اما ان
يكون منه او من غيره فجعلنا العلوق منه احتياطا
لامر النسب اذ لو جعلنا هذا من علوق قبل النكاح
من زوج اخر وذلك الزوج ليس بمعلوم كان
فيه اضاعة الولد وابطال النكاح الجائز والطلاق
الواقع من حيث الظاهر واحالة الولد الى ابعد الاوقات
وذلك لا يجوز فجعلناه منه واما المهر فكما ذكره
في الكتاب وهو الاصح وفي رواية عن ابي يوسف
وهو القياس يلزمه مهر ونصف مهر اما النصف
فللطلاق قبل الدخول واما المهر فبالدخول وقوله
ويثبت نسب ولد المطلقة الرجعية ظاهر وقوله
ويجعل بعده فلا يصير مراجعا لشكه قيل عليه ينبغي
ان يصير مراجعا لان الوطي ههنا حلال فاحتمل
العلوق الى اقرب الاوقات وهي حالة العدة فيثبت
به المراجعة واجيب بان في ذلك حمل على خلاف
السنة لانه يصير مراجعا بالوطي دون الاشهاد وبالفعل

واجبل

فالبينة ان يشهد اربعة من الشهود ظاهر قوله
ولان في اشتراط الاربعة تحقيق معنى الستر احتراز
عمن يقول ان اشتراط الاربع لان الزنا لا يتم الا
باثنين وفعل كل واحد لا يثبت الا بشهادة شاهدين
كذلك يثبت بها فعل الاثنين وانما الصواب ان الله
تعالى يحب الستر على عباده وشرط زيادة العدد
تحقيقا لمعنى الستر وقوله وهو اي الستر
مندوب اليه قال صلى الله عليه وسلم من اصاب
منكم من هذه القاذورات فليستتر بستر الله
وقال من ستر على مسلم ستره الله في الدنيا
والاخرة والاشاعة ضده الى اظهار الزنا ضد ستر
[illegible] ان وصف الاشاعة على حده وصف الستر
كان مستحقا فيما ان الستر امرا مندوبا اليه كانت
ما اشار اليه بقوله فاذا شهدوا سالهم الامام
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم في الماعزية كيف
الحد الى ان يتم الاقرار اربع مرات فلو ما احترازا
اربع مرات ولو مرة واحدة كما قيل لم يؤخر عمان
اقامة الحد عنه ظهوره واجبه وتاخير الواجب لا يليق
برسول الله صلى الله عليه وسلم فانه قال قايل
اذا لم يثبت الحد باقراره مرة واحدة فقد اعترف بوطي
لا يوجب الحد فيجب المهر واذا وجب المهر لا يجب الحد من
بعد لان المهر والحد لا يجتمعان في وطي واحد اجيب
بان الاقرار اربع مرات لما اعتبر حجة في اثبات الزنا لم
يتعلق وجوب المهر بالاقرار مرة واحدة وانما هو
موقوف فان تمت الحجة وجب الحد وان لم تتم وجب المهر
فان قيل انما اعرض النبي صلى الله عليه وسلم الا انه استترات

ماعز فانه جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال زنيت
فطهرني فاعرض عنه فجا الى الجانب الاخر وقال مثل ذلك
فلما كان في المرة الرابعة قال النبي صلى الله عليه وسلم
الان اقررت اربعا فبمن زنيت قال بفلانة قال
لعلك قبلتها لعلك باشرتها فاتى الى ان يقر بصريح الزنا
فقال ابك جنون وفي رواية بعث الى اهله هل ينكرون
من عقله شيا فقالوا لا فسال عن احصانه فاخبر انه
محصن فامر برجمه وعن ابي بريده قال كنا نتحدث
في اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ان ماعز لو قعد
في بيته بعد المرة الثالثة فلم يقر لم يرجمه رسول
الله صلى الله عليه وسلم فهذا يدل على ان هذا الحكم
كان مشهورا فيما بينهم ووجه الاستدلال بحديث
ما اشار اليه بقوله فانه اخر الاقامة وبيانه
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اخر اقامة
الحد الى ان تم الاقرار اربع مرات فلو كان الاقرار
اربع مرات ... مرة واحدة كافيا لم يؤخر لان
اقامة الحد عند ظهوره واجبة وتاخير الواجب لا يليق
برسول الله صلى الله عليه وسلم فانه قال قايل
اذا لم يثبت الحد باقراره مرة واحدة فقد اعترف بوطي
لا يوجب الحد فيجب المهر واذا وجب المهر لا يجب الحد
بعد لان المهر والحد لا يجتمعان في وطي واحد اجيب
بان الاقرار اربع مرات لما اعتبر جهة اثبات الزنا لم
يتعلق وجوب المهر بالاقرار مرة واحدة وبما الحكم
موقوف فان تمت الحجة وجب الحد وان لم يتم وجب المهر
فان قيل انما اعرض النبي صلى الله عليه وسلم لانه استراب

او المتقادم من الزمان وذلك يسقط الحد وكانت
له في المدينة نسيبة لم يطلع عليهما كوطي جارية
الابن فيستقصي في ذلك احتيالا للدرء فاذا ابينوا
ذلك وقالوا رايناه وطيها في فرجها سالهم عن الماهية
والمزني بها كالميل في المكحلة في بيان كيفية وسال
القاضي عنهم فعدلوا في السر والعلانية حكم بشهادتهم
ولم يكتف بظاهر العدالة احتيالا للدرء لان النبي
صلى الله عليه وسلم امر بذلك قال ادرؤا الحدود
ما استطعتم بخلاف ساير الحقوق عند ابي حنيفة
حيث اكتفى فيه بظاهر العدالة وهو الاسلام وتعديل
السر والعلانية ما ياتي في الشهادات ان شا الله تعالى
قال في الاصل يحبسه حتى يسال عن الشهود ...
لانه لو خلي سبيله هرب فلا يقدر عليه ... قبل النكاح
الى احد الكفيل منه ... الزوج ليس بمعلوم كان
يكون مشروعا ... الولد وابطال النكاح الجايز والطلاق
في الحيض ... من حيث الظاهر واحالة الولد الى ابعد الاوقات
وذلك لا يجوز فجعلناه منه واما المهر فلما ذكره
في الكتاب وهو الاصح وفي رواية عن ابي يوسف
وهو القياس يلزمه مهر ونصف مهر اما النصف
فللطلاق قبل الدخول واما المهر فبالدخول وقوله
ويثبت نسب ولد المطلقة الرجعية ظاهر وقوله
وكذا ... فلا يصير مراجعا لشك قيل عليه ينبغي
ان يصير مراجعا لان الوطي ههنا حلال فاحتمل
العلوق الى اقرب الاوقات وهي حالة العدة فيثبت
به المراجعة واجيب بان في ذلك حمل على خلاف
السنة لانه يصير مراجعا لها بدون الاشهاد بالفعل

واجل

فقد جاء الشهب اغبر متغير اللون لانه لما اصر على الاقرار
ودام على نهج العقلاء فقد بعد ذلك ثم ازال الشبهة
بالسؤال فقال ابك خبل ابك جنون اجيب اما
تغير الحال فدليل التوبة والخوف من الله تعالى
لا دليل الجنون وانما قال النبي صلى الله عليه وسلم
ابك جنون تلقينا لما يدرأ به الحد كما قال لعلك لمستها
وطيتها لترجع عن الزنا الى الوطي بشبهة فيسقط عنه
الحد وكما قال للسارق اسرقت ما اخاله سرق والدليل
عليه ما روي ان ابا بكر قال لماعز لما اقررت الثالثة
رجمك فثبت ان هذا العدد كان ظاهرا عندهم قوله
ولان الشهادة دليل معقول يتضمن الجواب عما هو
اعتباره بسائر الحقوق وتقريره ان سائر الحقوق م
وتقريره ان سائر الحقوق ليس نصاب الشهادة
فيها اربعة ونصابها ههنا ذلك فلما كانت احدى
الحجتين مختصة بزيادة ليست في سائر الحقوق
فكذلك في الحجة الاخرى اعظاما لامر الزنا وتحقيقا
لمعنى الستر ولا بد من اختلاف المجالس لما روينا
من انه صلى الله عليه وسلم اخر الاقامة الى ان تم الاقرار
منه اربع مرات في اربعة مجالس ولان لاتحاد المجلس
اثرا في جمع المتفرقات فعنده اي عند الاتحاد تتحقق
شبهة الاتحاد في الاقرار الا ترى الى ما جاء في حديث
ماعز من اقراره خمس مرات وكان منها مرتان في جهة
واحدة فلم يعتبر ذلك ولم يذهب اليه احد من الائمة في
والاقرار قائم بالمقر فيعتبر اتحاد مجلسه في دفع الحدود
بعض النسخ فيعتبر اختلاف مجلسه اي في وجوب الحد

وقيل

وقيل يعتبر مجلس القاضي وهو المعني بقوله دون مجلس
القاضي وقوله لما لا اختلاف بان يعده الراوي
ظاهر وقوله لان التقادم الى حد يمنع الشهادة في
دون الاقرار دليله ان التقادم في الشهادة مانع
لتهمة الحقد وهي غير موجودة في الاقرار ومر بحث
بيان التقادم في باب الشهادة على الزنا وقوله
كما اذا وجب بالشهادة يعني ان الحد لا يبطل بانكار
المشهود عليه بعد شهادة الشهود عليه فلذا لا يبطل
بانكاره بعد الاقرار لانهما حجتان فيه فيعتبر احدهما
بالاخرى وصار كالقصاص وحد القذف لا يقبلان
الرجوع بعد الثبوت بالاقرار وقوله
وقوله فيتحقق الشبهة في الاقرار يعني بالتعارض
الواقع من الخبرين المحتملين للصدق والكذب
من غير مرجح لاحدهما وقوله وهذا قريب
من الاول اي في المعنى اي قوله لعلك لمست وقبلتها
او وطيتها بشبهة قريب من قوله لعلك مسستها
في المعنى من حيث ان كل واحد منهما تلقين الرجوع
لانه لو قال في كل واحد منهما نعم سقط الحد **فصل
في كيفية الحد واقامته** ذكر هذا الفصل عقيب ذكر
وجوب الحد لان اقامة الحد بعد وجوبه وقوعا
فاخره ذكرا وكلامه واضح وقوله على هذا
اجماع الصحابة اي على وجوب الرجم اذا كان الزاني
محصنا وذهب الخوارج الى ان الرجم ليس حدا فالحد
ليس الا الجلد لانهم لا يقبلون اخبار الاحاد وذلك خرق منهم
للاجماع وعلى ان حديث ماعز مشهور تلقته الائمة في

Copyright © King Saud University

العدد الاول بالقبول والزيادة على الكتاب بمثله
جائز وقوله ... منع الشهادة قال في
الايضاح ... الشهود او بعضهم او كانوا ... او
... او ماتوا بعضهم او عمي بعضهم او خرس او فسق او
ارتد او قذف فحد ... هو دخل عليه في قول ابي
... او محمد وفي الاخر ... ابي يوسف وروي
عنه انهم اذا امتنعوا او غابوا رجم الامام ثم الناس
وكذا في الذخيرة ايضا فعلى هذا ما ... كل ... ظاهر
الرواية راجع الى امتناع الشهود وهو الرجم بعد الشهود
لحضرة وليس بمختص بقوله وكذا اذا ماتوا او غابوا
واذا سقط ... بامتناع ... الشهود ولا ...
في المبسوط ... لا يقام الحد على الشهود لانهم ما ...
على الشهادة وانما امتنع بعضهم من مباشرة القتل وذلك
لا يكون رجوعا عن الشهادة على الزنا واعلم ان
... الرواية يقتضي ابتداء الشهادة ... وغير
... والفا... من ... من
... ثابت قوية لو كان ...
... قوله الا انه انتسخ في حق
المحصن ... ان قوله تعالى الزانية والزاني
فاجلدوا الآية عام في المحصن وغيره الا انه انتسخ
في حق المحصن باية اخرى نسخت تلاوتها وبقي
حكمها روى ابن عباس ان عمر بن الخطاب
خطب فقال ان الله تعالى بعث محمدا صلى الله عليه وسلم
بالحق وانزل عليه الكتاب فكان فيما انزل عليه اية
الرجم فقرأناها ووعيناها ورجم رسول الله صلى الله عليه وسلم

ورجمنا

ورجمنا من بعده واني خشيت ان طال بالناس الزمان
ان يقول قائل ما نجد الرجم في كتاب الله تعالى
فيضلوا بترك فريضة انزلها الله عز وجل والرجم حق
على من زنى من الرجال والنساء اذا كان محصنا اذا قامت
البينة او كان حمل او اعتراف وايم الله لولا ان يقول الناس
زاد عمر في كتاب الله لكتبتها ... الشيخ والشيخة اذا
زنيا فارجموهما البتة نكالا من الله والله عزيز حكيم وكانت
خطبته هذه بحضرة الصحابة ولم ينكر عليه احد فكانت هذه
الاية ... حكمه عموم قوله تعالى فاجلدوا في غير
المحصن ... عن ... بحكمة يعلمها
الله وقوله بسوط لا ثمرة له في الصحاح ... البسائط
عقد ...
يعني العقدة وقيل المراد بالثمرة ذنبه وطرفه لانه اذا
كان له ذلك يصير الضرب ... وهذا اصح لما روي
ان عليا جلد الوليد بسوط له طرفان وفي رواية له
ذنبان اربعين جلدة فكانت الضربة ... والاول
هو المشهور في الكتب والمبرح ماخوذ من برح ...
... غلظ عليه واشتد ...
... هو العفو ...
... العفو
المعين ... كذا في الصحاح
وقوله ومن دعا ... الدعاة جمع داع كالقضاة
جمع قاض اي ... وقوله
لانه زيادة على المستحق قالوا الا ان يعجزهم عن الضرب
قائما فلا باس ح ان يشدوا سارية ونحوها قال وان

لان عبد الامة ان كان من ذوي تمييز اعاشت حد لده الامام
خمسين جلدة لقوله تعالى فان اتين بفاحشة فعليهن
نصف ما على المحصنات من العذاب ثم تنصيف الامام ودخل
تحته حكمها التنصيف وهو بنا على المشهود لان المعهود ان يدخل
النسا تحت حكم الرجال بطريق التبعية وكان هذا الامام
والله اعلم بنا على ان اسباب العقوبة تتنصف وعن
اليه غاية كما في دخول تنصيف في قوله تعالى الزانية والزاني
العذاب المذكور في الاية الجلد دون الرجم لانه لا يتنصف
وقوله لان الجناية عند توافر النعم تفحش
اصله قوله تعالى يا نسا النبي من يات منكن بفاحشة مبينة
يضاعف لها العذاب ضعفين وقوله لما روينا
يعني من حديث علي [illegible] الرجال في الحد [illegible] قياما
والنسا قعودا [illegible] الاول والواو وبالضم
والهمزة مكان الواو والدال في الحالين مضمومة
يدي الرجل او لحم الثدي والهمدانية [illegible] بسكون
الميم منسوبة الى همدان بسكون الميم حي من العرب
وقوله لما روينا من حديث الغامدية
معناه لها الى الثندوة وقوله والربط والامساك
غير مشروع يعني الا ان يعجزهم كما ذكرناه وقوله
ولنا ان النبي صلى الله عليه وسلم ادرع الى الولاة وذكر
منها الحدود وقد رواه ابن مسعود وابن عباس وابن
الربيع والثلاثة الباقية الصدقات والجمعات والفي
وقوله لان الحدود حق الله تعالى مشروع
يتعلق به نفع العالم على الاطلاق والتنكير ليتناول
ما لنا وما علينا وقوله على الاطلاق لاخراج حق العبد

فانه

فانه مشروع يتعلق به نفع العالم بالتخصيص لحرمة مال
الغير مثلا فانها حق العبد لتعلق صيانة ماله فلهذا
يباح باباحة المالك ولا يباح الزنا باباحة المراة ولا باباحة
اهلها وتمام التقرير فيه مذكور في التقرير وقوله
واحصان الرجم انما قيد الاحصان بالرجم احترازا عن
احصان القذف فانه غيره وهذا على ما يجي ان شا الله تعالى
احصان الرجم مشروط بسبع شرايط ان يكون حرا عاقلا
بالغا مسلما قد تزوج امراة نكاحا صحيحا ودخل بها وهما
على صفة الاحصان هذا على قول المتقدمين واما المتاخرون
فقد قالوا شرايط الاحصان على الخصوص منها شيئان هو
الاسلام والدخول بالنكاح الصحيح بامراة هي مثله وهذا
الشرط الثاني مركب من ثلاثة من ذلك واما العقل و
والبلوغ فشرط الاهلية العقوبة لعدم الخطاب بدونهما
واما الحرية فشرط تكميل العقوبة بواسطة تكامل النعمة
والمصنف وافق المتاخرين في جعل العقل والبلوغ شرطا لاهلية
العقوبة وجعل الباقية شرطا لتكامل الجناية بواسطة تكامل
النعمة لان كفران النعمة متغلظ عند تكثيرها وتغلظه
يستدعي اغلظ العقوبات وهذه الاشياء من جلايل
النعم فكفرانها يكون سببا لافحش العقوبات وهذه
الاشياء وهو الرجم بالحجارة الى الموت لكون ثبوت
الحكم بقدر سببه او لخص الشرايط على هذا العدد
لان الرجم بالزنا قد شرع عند استجماعها فيناط بها و
والشرف والعلم والجمال والحسب وان كانت من
جلايل النعم ايضا الا ان الشرع لم يرد باعتبارها واثبات
الشرع متعذر وقوله ولان الحرية تدل على عدم

الاقتصار على تلك الشرائط يتضمن ان لهما مدخلا في الاستغنا
عن الزنا دون غيرها من العلم والشرف وذلك لان
الحرية ممكنة من النكاح الصحيح لان الحر يتولى امور نفسه
ليس تحت ولاية احد والنكاح الصحيح ممكن من الوطي
الحلال لا محالة والدخول به يشبع بالحلال والاسلام
ممكن من الوطي الحلال نكاح المسلمة وموكد اعتقاد
الحرمة فيكون الكل مزجرة من الزنا والجناية عند
توافر الزواجر اغلظ ولقايل ان يقول في العلم باحوال
الاخرة وما يترتب على الزنا من الفساد عاجلا او
العقوبة اجلا من الزواجر لا محالة والجمال في المنكوحة
مقنع للزوج عن النظر الى غيرها والشرف مشروع عما
لخوف معرة الزنا وعقابه فكان الواجب ان يكون من
من شرايطه والجواب ان المسلم الناشي قلما يخلو عن العلم
بما ذكرت والجمال والشرف ليس لهما حد معلوم ينضبطان
به فلا يكون معتبرة واما وجه اشتراط كونهما على صفة
الاحصان عند الدخول فسنذكره والشافعي يخالفنا
في اشتراط الاسلام وكذا ابو يوسف في رواية مستدلا بما
روي مسندا الى ابن عمر ان اليهود جاوا الى
النبي صلى الله عليه وسلم فذكروا له ان رجلا منهم وامراة
زنيا فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ما تجدون
في التوراة في شان الزنا قالوا نفضحهم ويجلدون فقال
عبد الله بن سلام كذبتم ان فيها الرجم فاتوا بالتوراة
فنشروها فجعل احدهم يده على اية الرجم ثم جعل يقرا ما قبلها
وما بعدها فقال عبد الله بن سلام ارفع يدك فرفعها
فاذا فيها اية الرجم فقال صدق يا محمد فيها اية الرجم فامر

بهما

٢٧١

بهما رسول الله صلى الله عليه وسلم فرجما قلت ذلك بحكم
التوراة ثم نسخ يؤيده ما روى اصحابنا في كتبهم عن ابن
عمر من اشرك بالله فليس بمحصن وقوله والمعتبر
في الدخول ايلاج في القبل على وجه يوجب الغسل لبيان
ما يحصل به الاحصان من الجماع وفيه نظر لانه بيان للمقوم
من قوله والاحصان يثبت بالحلال فان الشبع انما يكون
بالانزال دون الايلاج عرف ذلك في حديث رفاعة
حيث قال صلى الله عليه وسلم لا حتى تذوقي من عسيلته
وشرط بالتصغير وقوله وشرط صفة الاحصان
فيهما ظاهر وقيل كيف يتصور ان يكون الزوج كافرا والمراة
مسلمة واجيب بان صورته ان يكونا كافرين فاسلمت
المراة ودخل بها الزوج قبل عرض الاسلام عليه لانه ما لم
يفرق القاضي بينهما بالاباء عند عرض الاسلام فهما زوجان
فقد مر وابو يوسف يخالفهما في الكافرة في ان اسلام
المنكوحة وقت الدخول بها شرط احصان الزاني نفسه
ليس بشرط حتى لو دخل بالمنكوحة الكافرة يصير محصنا
والحجة عليه اي على ابي يوسف من ذكرناه من قوله
ولا ائتلاف مع الاختلاف في الدين وقوله عليه
السلام معطوف على قوله ما ذكرناه لا تحصن المسلم
اليهودية ولا النصرانية ولا الحر الامة ولا الحرة العبد
ذكره شمس الائمة السرخسي مرسلا في مبسوطه وقوله
ولا يجمع في المحصن بين الجلد والرجم وفي رواية
في رواية عن احمد يجمع بينهما لما روى عبادة بن الصامت
انه صلى الله عليه وسلم قال الثيب بالثيب جلد مائة ورمي
بالحجارة والبكر بالبكر جلد مائة ونفي سنة ولنا ان النبي صلى

لعط

Copyright © King Saud University

الله عليه وسلم لم يجمع بينهما في ماعز ولا في الغامدية ولا هو
الصحابة بعده وحديث عبادة بيان لقوله تعالى او
يجعل الله لهن سبيلا وحديث ماعز بعده فيكون ناسخا
دوقوله ولان الجلد بعدي ظاهر وقوله
والشافعي يجمع بينهما حدا اي في حد الزنا بين الرجل والمراة
جميعا لقوله صلى الله عليه وسلم البكر بالبكر جلد مائة
وتغريب عام ولان التغريب من تتمة الحديث فكما
ان الرجل والمراة في حق الجلد سوا فكذلك في التغريب
ولان فيه (اي في التغريب حسم مادة الزنا لقلة المعارف
اي لقلة من يعرفهم ويعرفونه من الاحبا والحبيبات
لما ان الزنا انما ينشا من الصحبة والمواسة والتغريب
قاطع لذلك ولنا قوله تعالى فاجلدوا واجعل الجلد كل
الموجب رجوعا الى حرف الفا ورجوعا نصب على المصدر
ومعناه ان الفا للجزا واذا ذكر الجزا بعد الشرط بالفا
دل استقلال الكلام انه هو الجزا الا ترى اذا قال لامراته
ان دخلت الدار فانت طالقة واحدة ليس جزا الشرط
الا ما هو المذكور بعد الفا وقوله او الى كل المذكور
اي رجوعا الى كل المذكور ومعناه انه ذكر الجلد دون
النفي في موضع الحاجة الى البيان وكان ما ذكره كلا ما يحتاج
اليه في البيان فلو نفي شي يحتاج اليه ولم يبينه له الاخلال
في البيان في موضع الحاجة والعمل بالحديث الذي رواه
نسخ الكتاب وهو لا يجوز وقوله ولان في التغريب
ظاهر وقوله ثم فيه اي في التغريب قطع مادة
المعاش ما يحتاج اليه من الماكول والملبوس فربما تجعل
زناها مكسبة وهو من اقبح وجوه الزنا لان زيادة
فاهو

بشهادة امراة لانه واحدة لان الفراش وهو تعين المراة
له الزوج بحيث يثبت منها نسب كل ولد تلده قائم بقيام
العدة وهو اي قيام الفراش ملزم للنسب فلا حاجة الى
الى اثباته وانما الحاجة الى تعيين الولد وهو يحصل
بشهادة امراة واحدة كما في حال قيام النكاح او ظهور
الحبل او اقرار الزوج ولابي حنيفة القول بالموجب يعني
سلمنا ان الفراش يكون قائما بقيام العدة ولكن العدة
ههنا ليست بقائمة لانها تنقضي باقرارها بوضع الحمل
والمنقضي لا يصلح حجة فمست الحاجة الى اثبات النسب
ابتدا بالقضا فيشترط كمال الحجة بخلاف ما اذا كان النكاح
قائما او الحبل ظاهرا او الاعتراف به من الزوج صادرا لان
النسب اذ ذاك ثابت قبل الولادة فلا يحتاج الى اثباته
وانما الحاجة الى التعيين وذلك يثبت بشهادتها وقيل
لا يحل نظر الرجل الى العورة فما وجه اشتراط شهادة
الرجال واجيب بان النظر لا يلزم اذا دخلت بيتا
بين الشهود وهم يعلمون ان ليس فيه غيرها ثم خرجت
مع الولد كفى لجواز الشهادة اذا ولدت المعتدة من
عن وفاة قبل تمام سنتين ولدا فصدقها اي اقر به
جميع الورثة او جماعة منهم بقطع الحكم بشهادتهم
كرجلين او رجل وامراتين منهم فهو ابنه في قولهم
جميعا وهذا في حق الارث ظاهر لانه خالص حقهم
فيقبل فيه تصديقهم اما في حق النسب بالنسبة
الى غيرهم فهل يثبت او لا قالوا اذا كانوا من اهل الشهادة
كما ذكرنا وهم عدول يثبت لقيام الحجة وهذا قيل يشترط
لفظ الشهادة وقيل لا يشترط لان الثبوت في حق غيرهم

Copyright © King Saud University

تبع للثبوت في حقهم لاقرارهم وما ثبت تبعا لا يراعى فيه
الشرايط كالعبد مع المولى والجندي مع السلطان
في حق الاقامة وقوله واذا تزوج الرجل
امراة الظاهر وقوله واللعان انما يجب ما تعرض
جواب عما يقال اللعان ههنا انما يجب بنفي الولد والولد
يثبت بشهادة القابلة فيكون اللعان ثابتا بشهادة
القابلة وهو لا يجوز لان اللعان في معنى الحد والحد
لا يثبت بشهادة النسا ووجه ان اللعان هنا
يجب بالقذف والقذف موجود لان قوله ليس
مني قذف لها بالزنا معنى والقذف لا يستلزم
وجود الولد فانه يصح بدونه فلم يفتقر الولد
الثابت بشهادة القابلة وانما اضيف اللعان
الى القذف مجردا عنه فان ولدت المراة ثم اختلفا
فقال الزوج تزوجتك منذ اربعة اشهر وقالت
منذ ستة اشهر فالقول قولها لان الظاهر شاهد
لها فانها تلد ظاهرا من نكاح لا من سفاح واعترض
بوجهين احدهما ان المراة تسند العلوق الى
زمان سابق والزوج ينكره فيكون القول قوله
والثاني ان الظاهر شاهد له ايضا لان النكاح حادث
والاصل في الحوادث ان يضاف الى اقرب الاوقات
واجيب عن الاول بانه معارض فان الزوج
يدعي اسناد العلوق الى زمان سبق النكاح وهي
تنكر فيكون القول قولها وعن الثاني بان النسب
مما يحتاط في اثباته فاذا تعارض الظاهران فيه ترجح
المثبت على ان ظاهر حالها ثابت بظاهر حاله من حيث

انه

انه لا يباشر النكاح بصفة الفساد فان نكاح الحبلى فاسد
وهل يحرم على الزوج بهذا الكلام ينبغي ان لا يحرم
فان قيل وجب ان يحرم لان هذا اقرار منه من هو
تزوجها وهي حبلى فصار كما اذا ادعى انه تزوجها
بغير شهود اجيب بالفرق بينهما من وجهين
احدهما ان النكاح بغير شهود فاسد لا محالة ونكاح
الحبلى ليس كذلك لجواز ان يكون الحمل من الزنا
والثاني انه وان اقر بالحرمة الا ان الشرع كذبه
في ذلك حيث اثبت النسب منه والاقرار اذا
قابله من جهة الشرع بطل وقوله ولم يذكر
الاستحلاف وهو على الاختلاف يعني الاختلاف
المذكور في الاشياء الستة وقوله واذا قال
لامراته اذا ولدت فانت طالق وقوله
فيما ينبني عليها وهو الطلاق يعني ان الطلاق
حكم متعلق بالولادة وشهادة القابلة حجة
في اثبات الولادة فكذلك فيما يتعلق بها ضمنا وكم
من شيء يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا ولابي حنيفة
ان دعواها الحنث بالطلاق حتى يثبت في ضمن
الولادة بشهادتها دخلوا بما دعواها حنثه في
يمينه والحنث ليس من ضرورات الولادة فلا
يثبت الا بحجة كاملة سلمنا ان دعواها الطلاق
لكن لا يمكن اثباته بشهادتها لانها الا انه شهادة
ضرورية في حق الولادة
في حق الطلاق لانه
يقول كلامنا في الطلاق المعلق لا في المعلق

Copyright © King Saud University

بالشي لازم من لوازمه والولادة يثبت بشهادتها والشي
اذا ثبت يثبت بجميع لوازمه وقوله وان
كان الزوج قد اقر بالحبل يعني اذا اقر الزوج بالحبل
ثم علق طلاقها بالولادة فقالت المراة ولدت وكذبها
الزوج فان الطلاق يقع عند ابي حنيفة خلافا لهما
وعلي هذا الاختلاف اذا كان الحبل ظاهرا ثم علق
الطلاق لهما انها ادعت الحنث فلا بد لها من حجة
وشهادتها فيه حجة علي ما بينا في المسئلة الاولي
ان الاقرار بما يفضي اليه الحبل وهو الولادة و
ولان اقراره بحبلها اقرار بكونها موتمنة والقول
قول الموتمن في دعوي رد الامانة وهذا يرشد
الي ان وجود الشرط انما يستلزم وجود الجزاء و
عنده اذا كان وجود الشرط مدلول يمكن ان يكون
دليلا علي الجزاء عند افراده عن الشرط والاقرار
كذلك بخلاف شهادة القابلة في المسئلة الاولي
فيلمح منه جواب الاعتراض هناك قال واكثر
مدة الحمل سنتان اكثر مدة سنتان كقول عايشة
الولد لا يبقي في البطن اكثر من سنتين ولو بظل
مغزل اي بقدر ظل حال الدوران والغرض تقليل
المدة فان ظل المغزل حالة الدوران اسرع زوالا من
سائر الظلال […] رواية المبسوط والايضاح وبعض
النسخ […] معزل اي ولو بدوران فلكة
[…] في الرواية الاخري والظاهر
ان […] لان العقل لا يهتدي اليه
المقادير […] ان الكثر المدة علي اقلها اهتماما

يذكره

۲۷٤

العراقي جائز وهو الكفالة لما ان الجائز يقتضي
سبق حدث العيوب وهو حلف اليمين بالحنث
فيما قلنا فيصلح الكفالة جائزة ولا جائز لمعصية
في هذه اي في هذه ما قلنا اي لا جائز لمعصية
الحنث فيما قال الشافعي لان الحنث لما تاخر
عن الكفارة لم يصلح الكفارة السابقة جائزة و
لذلك الحنث لان الجائز لا يتقدم كذا في النهاية
وقال في بعض الشروح ولان فيما قلنا اي في
حسب النفس والتكفير بعد ذلك يفوت
البر الي جابر والجابر هو الكفارة والفوات
الي جابر كلا فوات فيكون المعصية الحاصلة
بتفويت البر كلا معصية لوجود الجابر واما اذا
اتي بالبر وهو ترك العبادة وقطع الكلام و
عن الاب وقتل فلان بغير حق يحصل المعصية
بلا جابر لها فيكون المعصية قائمة لا محالة و
فهذا قلنا يحنث نفسه ويكفر عن يمينه و
وكلا الوجهين صحيح قال واذا و
حلف الكافر ثم حنث في حال كفره او بعد اسلامه
فلا حنث اي لا كفارة عليه وقال مالك والشافعي
يكفر بالمال لان اليمين يعقد للبر وهو من اهله
لانه انما يتحقق ممن يعتقد تعظيم حرمة اسم الله
وهو يعتقد ذلك فكان اعتقاده يحمله علي
البر ولهذا يستحلف في الدعاوي والخصومات
ولنا انه ليس باهل اليمين لانها تعقد لتعظيم
الله ومع الكفر لا يكون معظما اذ الكفر اهانة و

بالخالق وهو ينافي التعظيم ولا هو اهل للكفارة
لانها عبادة بخلاف الاستحلاف في الدعاوى
والخصومات فان المقصود منه النكول وهو
المدعي بالنكول او الاقرار والكافر لا يتأتى في
ذلك قال ومن حرم على نفسه شيئا
مما يملكه وحرم على نفسه شيئا مما يملكه مثل
ان يقول حرمت على نفسي ثوبي هذا او طعامي
هذا لم يصر محرما بنفسه وعليه ان استباحه
اي فعل شيئا مما حرمه قليلا او كثيرا حنث
ووجبت الكفارة وقال الشافعي لا كفارة
عليه لانه تحريم الحلال قلب المشروع وقلب
المشروع لا ينعقد سببا لما هو مشروع وهو
اليمين كعكسه وهو تحليل الحرام ولنا ان اللفظ
ينبئ عن اثبات الحرمة فاما ان يثبت به
حرمة لعينها وهو غير جائز لانه قلب المشروع
كما ذكرتم او لغيرها فأثبتنا موجب اليمين وفيه
اعمال للفظ والتصرف اعماله اولى من الغائه عند
الامكان واجب فيصار اليه وبهذا التقرير
يندفع ما قيل ان بين قوله لم يصر محرما وبين
قوله وعليه ان استباحه تنافيا لان الاستباحة
انما تستعمل فيما كان ثمة تحريم وقوله لم يصر
محرما ينافيه وذلك لان قوله لم يصر محرما
بعينه وقوله ان استباحه استباحة الحرمة
لغيره وعورض بان اليمين اما بان يذكر بعم
به وهو عند ذكر اسم من اسماء الله او صفة من

صفاته

صفاته كما تقدم او بان يذكر شرط وجزاء وليس
شيء منهما بموجود فكيف صار يمينا واجيب
بسقوطهما بقوله تعالى قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم
بعد قوله لم تحرم ما احل الله لك في تحريم العسل
او تحريم مارية اطلق الايمان على تحريم الحلال
وفرض تحلة الايمان والراي لا يعارض النصوص
السمعية ولو قال كل حل علي حرام فهو على الطعام
والشراب الا ان ينوي غير ذلك والقياس
ان يحنث كما فرغ لان قوله هذا في قوة ان يقال
والله لا افعل فعلا حلالا وقد فعل حلالا وهو
التنفس وفتح العينين فيحنث وهو قول زفر وجه
الاستحسان ان اليمين يعقد للبر وهو لا يحصل
مع اعتبار العموم لامتناع ان لا يتنفس ولا يفتح
العينين فعلم بدلالة الحال عدم ارادة العموم و
فيصار الى الخص الخصوص وهو الطعام والشراب
للعرف فان العادة جارية باستعماله في المتناولات
واذا لم يكن العموم مرادا لا يتناول المرأة الا بالنية
واذا نواها كان ايلاء لما بينا ان هذا الكلام
يمين فيكون معناه والله لا اقربك وهو من
صور الايلاء وهذا جواب ظاهر الرواية ومشايخ
بلخ كابي بكر الاسكاف وابي بكر بن ابي سعيد
والفقيه ابي جعفر وبعض مشايخ سمرقند قالوا
يقع به الطلاق من غير نية لغلبة الاستعمال عليه
العرفي وقوله وكذا ينبغي ظاهره انه لم
يذكر ما لو قال هرجه بدست جب كيرم بروي حرام

Copyright © King Saud University

وقد قيل لا يقع به الطلاق وان نوى ولو قال لزوجته
بدست كيرم كان طلاقا فقيل يقع به الطلاق وان
لم ينو وقيل لا يقع الا بالنية ومن نذر نذرا
مطلقا مثل ان قال لله علي صوم سنة ولم يعلقه
بشي فعليه الوفا به لقوله صلى الله عليه وسلم
من نذر وسمى فعليه الوفا بما سمى وان علقه
النذر بشرط سوا كان شرطا يريد كونه او لم يرده
فوجد الشرط فعليه الوفا بنفس النذر ولا يه
يجزيه كفارة اليمين لاطلاق الحديث فانه لم يفصل
بين كون النذر مطلقا او معلقا بشرط ولان المعلق
بالشرط كالمنجز عنده ولم يجز النذر عند وجود
الشرط لم يجزه الكفارة فكذا ههنا وعن ابي
حنيفة انه رجع عنه اي عن تعيين الوفا
بنفس النذر الى القول بالتخيير بين كفارة
اليمين وبين الوفا بذلك وقال اذا قال ان فعلت
كذا فعلي حجة او صوم شهر او صدقة ما املكه
اجزاه من ذلك كفارة يمين وهو قول محمد
ويخرج عن العهدة بالوفا بما سمى ايضا ان
كان معسرا كان مخيرا بين ان يصوم ثلاثة ايام
وان يصوم شهرا وهذا مروي عن ابي حنيفة
في النوادر ووجهه ما روي في السنن
مسندا الى عقبة بن عامر ان رسول الله صلى
الله عليه وسلم قال كفارة النذر كفارة اليمين
قالوا هذا اذا كان شرطا لا يريد كونه لان في
الحديثين لما ترى تعارضا فحملوا الحديث الاول على

النذر

٢٧٦

انثييه
زاد الاشتهاء ان كان متحركا وبهذا افتى [illegible]
الفقيه محمد بن مقاتل الرازي لا يعتبر تحرك القلب
وانما يعتبر تحرك الآلة وكان لا يفتي بثبوت الحرمة
في الشيخ الكبير والعنين الذي ماتت شهوته حتى لم يتحرك
عضوه بالملامسة وهو اقرب الى الفقه وقوله
والمعتبر النظر ظاهر ولو مس فانزل فقد قيل يوجب
الحرمة وكان يفتي به شمس الائمة الاوزجندي ووجهه
ان مجرد المس بشهوة يثبت الحرمة فهذه الزيادة
ان كانت لا توجب زيادة حرمة لا توجب خلافها
والذي اختاره المصنف في الكتاب هو اختيار شمس الائمة
السرخسي والامام فخر الاسلام وقد نص محمد في باب
اتيان المراة في غير ماتيها من الزيادات ان الجماع
في الدبر لا يثبت حرمة المصاهرة وكذا الجماع الى موضع
الجماع الى موضع الجماع من الدبر بشهوة وهذا اصح لما
تبين انه اي المس بالانزال هو ان الحرمة غير مفضي
الى الوطي والمس المفضي الى هو المحرم ومعنى
قولهم المس بشهوة لا يوجب الحرمة بالانزال يعني
ان الحرمة عند ابتدا المس بشهوة كان حكمها موقوفا
الى ان يتبين بالانزال فان انزل لم يثبت والا
يثبت لا انه يكون معناه ان حرمة المصاهرة
تثبت بالمس ثم بالانزال تسقط ما ثبت من
الحرمة لان حرمة المصاهرة اذا ثبتت لا تسقط ابدا
واذا طلق امراته طلاقا باينا او رجعيا لم يجز له ان
يتزوج باختها حتى تنقضي عدتها وقال الشافعي ان
كانت العدة عن طلاق باين كالطلاق على مال او ثلاث

Copyright © King Saud University

جاز لان تناع النكاح بالكلية لان القاطع وهو الطلاق موجود على الكمال وليس فيه شايبه الرجوع فلا يوخر اعماله واعمال القاطع الكامل يقتضي القطع بالكلية فان الاول قايم لبقا بعض احكامه كالنفقة والمنع عن الخروج والفراش وهو ضرورة المراة بحال لو جات بولد ثبت النسب منه فان هذه كذلك ما دامت في العدة لا نزاع في بقا هذه الاحكام سوى النفقة ولهذا كونه امر يتفرع على النكاح فلو لم يكن النكاح قايما حال العدة لخلا الحكم عن علته وهو باطل واذا كان النكاح قايما كان هو الاعلى مناط الماكان في الطلاق الرجعي ولهذا ايجي العقد فلو جاز نكاح الاخت في العدة لزم الجمع بين الاختين وهو حرام وقوله والحد لا يجب جواب عن قوله ولهذا لو وطيها مع العلم بالحرمة يجب الحد ووجه انا لا نسلم جوازه على اشارة كتاب الطلاق قال معتدة عن طلاق ثلاث جات بولد لاكثر من سنتين من يوم طلقها زوجها لم يكن الولد للزوج اذا انكره ففي قوله لا يثبت نسبه منه اذا انكره دليل على انه لو ادعي ثبت نسبه منه ففيه اشارة الى ان الوطي في العدة من طلاق ثلاث لا يكون زنا اذ لو كان زنا لما ثبت به النسب وان ادعي ولين سلمنا ذلك بنا على ما دل عليه عبارة كتاب الحدود وهي ما قال ان من طلق امراته ثلثا ثم وطيها في العدة يجب عليه الحد اذا لم يدعي الشبهة فذلك باعتبار ان الملك في حق الحل قد زال فتحقق الزنا لوقوع الوطي في غير الملك ولم يزل في حق ما ذكر من النفقة والمنع والفراش لانا قد اتفقنا على بقا المنع

الامان على ترك ذلك فكان بالامان ملتزما ترك اذلال المسلمين فيلزمه ووجههما ظاهر ووجه ابي حنيفة ان تخليص المسلم عن ذل الكافر واجب فمتى امكن ان تخليص المسلم عن ذل الكافر واجب على الامام في دار الاسلام فبالجبر على البيع للمسلمين دون الاعتاق لان مال المستامن معصوم ما دام في دار الاسلام مقتضي الامان فاذا دخله في دار الحرب زالت عصمة ماله فلو كان للامام ولاية عليه وجب عليه اجباره على العتق لازالة عصمة ما له فاذا لم يكن له ولاية يقيم شرط زوال عصمة المال وهو تباين الدارين مقام العلة المزيلة وهي الاعتاق لان الشرط تضاف العلة اذا لم يكن اضافة الحكم اليها كحفر البير في قارعة الطريق فاذ قيل اقامة الشرط ههنا مقام العلة يستلزم جعل المثبت للشي مزيلا له وهو باطل وذلك لانهم اذا استولوا على عبد مسلم بالاحراز بدارهم ملكوه فكان تباين الدارين علة لثبوت الملك فيه وههنا جعلتموه مزيلا وفيه ايضا نقض لقاعدة مطردة وهي ان البقا اسهل من الابتدا فان هذا يفيد ابتدا الملك دون بقايه فالجواب ان تباين الدارين مثبت للملك ان لم يكن ثابتا والملك فيما نحن فيه ثابت فالتباين حينئذ يجعل مزيلا في محل خاص تخليصا للمسلم عن ذل الكافر على انا ما جعلناه مزيلا وانما جعلناه قايما مقام المزيل

لعرض صحيح فلم يكن الشيء الواحد مزيلا غير مزيل وهو
الممتنع ونفا الشيء استعمل من الابتداء اذا لم يعترض ما ابقا
ما يزيل سهولته وههنا بقا المسلم في ذل الكافر
صعب يزيل سهولته وقوله كما يقام مضي
ثلاث حيض تمثيل للمسئلة في قيام الشرط مقام
العلة فان انقضا ثلث حيض شرط البينونة
في الطلاق الرجعي اقيم مقام علة البينونة وهي
عرض القاضي الاسلام وتفريقه بعد الا بالعجز
القاضي عن حقيقة العلة فيما اذا اسلم احد
الزوجين في دار الحرب وقوله واذا اسلم
عبد الحربي ظاهر وقوله لما روي
ان عبيدا من عبيد الطايف اسلموا روي ان
النبي صلى الله عليه وسلم لما حاصر الطايف قال
ايما عبد خرج فهو حر فخرج ستة اعبد او سبعة
منهما فلما فتحت جاء مواليهم وتكلموا فيهم فقال النبي
صلى الله عليه وسلم هم عتقاء الله وقوله
ولانه احرز متصل بقوله ثم خرج الينا وقوله
وبالالتحاق متصل بقوله او ظهر على الدار وقيل
بقوله مراغما ومنابذا لانه اذا خرج مراغما ما بقا
لمولاه يد عليه وعتقه للحربي لانه لم يخرج على
سبيل التغليب فصار كالحربي الذي دخل به
مستامنا الى دارنا

باب المستامن

لما فرغ من بيان الاستيلاء الذي هو عبارة
عن الاقتدار على المحل قهرا وغلبة شرع في
بيان الاستيمان لان طلب الامان انما يكون

حيث

حيث يكون فيه قهر وغلبة وقدم استيمان
المسلم تفضيلا له وكلامه ظاهر وقوله
والغدر حرام دليله قوله صلى الله عليه وسلم
لاصحاب السرايا ولا تغدروا وقوله
بخلاف الاسير جواب ان الغدر ليس بحرام عليه
فان الاسرا اذا تمكنوا من قتل قوم من اهل الحرب
غيلة واخذ اموالهم وفعلوا ذلك واخرجوا الى
دار الاسلام ولا منعة لهم فكل من اخذ
شيئا فهو له خاصة فيباح لهم التعرض وان القوم
طوعا لانه لم يستامن صريحا حتى يكون غادرا
باخذ اموالهم وقوله ملكه ملكا محظورا
اي صباحتي لو كانت جارية كره للمشتري
ان يطاها لانه قام مقام البايع ووطيها للبايع
كان مكروها فكذا المشتري وقوله
وهذا اشارة الى قوله ملكه ملكا محظورا و
يعني ان مال اهل الحرب مباح في نفسه والحظر
لمعنى في غيره وهو الامان فلا يمنع انعقاد سبب
الملك وهو الاستيلا على ما بينا يعني في اوايل
باب استيلا الكفار وقوله والمحظور لغيره اذا
صلح سببا لكرامة يفوق الملك واذا دخل المسلم
دار الحرب بامان فادانه حربي او بايعه بالدين فان
الادانة البيع بالدين والاستدانة الابتياع
بالدين وقوله ولا ولاية وقت الادانة
والاستيلا اي لا على المسلم ولا على الحربي ولا وقت
القضا على المستامن وهو ظاهر وقوله لم يقض على

Copyright © King Saud University

الحربي لم يقف على المسلم ايضا تحقيقا للتسوية
بينهما وقوله واما الغصب فلانه مال ملكا
للذي غصبه اي سوا كان الغاصب كافرا في دار
الحرب او مسلما مستامنا فيها لان مال كل واحد منهما
كان مباحا وقت الغصب في حقه فملكه بالغصب
الا ان الغاصب ان كان المسلم يفتي برد المغصوب
على المالك ولا يقضي عليه لانه لما دخل دارهم بامان
التزم ان لا يغدرهم وفي اخذ اموالهم على هذا الوجه
غدر وقوله على ما بينا يعني فيما تقدم
اما غصب الكافر فقد ذكر في مسئلة الاستيلاء
ورد على مال مباح واما غصب المسلم فقد ذكر
فيما اذا دخل الواحد والاثنان مغيرين بغير
اذن الامام فاخذوا شيئا فانهم يملكونه وقوله
لما قلنا اشارة الى قوله من قبل ان القضا يعتمد
الولاية الى اخره وقوله ولو خرجا
مسلمين فظاهر وقوله فغصب حربيا
اي غصب شيا من حربي وليس هذا بمخصوص في
خروجهما مسلمين بل لو خرج المسلم الغاصب مع
والحربي مستامنا فالحكم كذلك وقوله
فعلى القاتل الدية في ماله يعني في العمد والخطا
هكذا ذكر من غير خلاف في عامة النسخ وذكر
الامام قاضي خان ان هذا الحكم قول ابي حنيفة
رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد عليه القصاص
في العمد لانه قتل شخصا معصوما ليس من اهل
دار الحرب فيجب بقتله ما يجب به في دار الاسلام

ولابي

في الصلاة او في الطهارة وكلاهما غير صحيح اما
الاول فلان الصلاة بالتيمم ليست ببدل عن الصلاة
بالوضوء وكذلك الصلاة بالايماء ليست ببدل
عن الصلاة بالركوع والسجود لان بعض الشيء
لا يكون بدلا عن كله واما الثاني فان الطهارة
وان كانت فيها البدلية لكن لا جمع بينهما لان
احدا لهما رتبة لا يكمل بالاخرى واما العدة بالشهور
فبدل عن الحيض وكمال البدل الاصل بالبدل
جمع بينهما قال والمنكوحة نكاحا فاسدا المنكوحة
نكاحا فاسدا كالمنكوحة بغير شهود وباتفاقهم
علما بنا والمحرم اذا نكحها المحرم عالما بحرمتها عند
ابي حنيفة والموطوءة بشبهة وهي التي زفت
الى غير زوجها فوطئها عدتها الحيض في الفرقة
والموت جميعا لما بينا اي لان عدتها المتعرف عن براءة
الرحم لا لقضاء حق النكاح اذ لا حق للنكاح الفاسد
والوطء بشبهة والحيض هو المعرف ولا تفرقة في
ذلك بين الفرقة والموت فان قيل فعلى
هذا وجب ان يكتفي بحيضة واحدة او بشهر كما في
الاستبراء وليس كذلك اجيب بانها قد
انما كانت ثلاث حيض الحاقا للشبهة بالحقيقة فان
احكام العقد الفاسد ابدا يؤخذ من حكم الصحيح
كما في البيع الفاسد والاجارة الفاسدة فانهما
يفيدان افادة الصحيح غير ان ثبوت الملك يتوقف
على القبض لوهاء فيه وكذلك يجب اجر المثل
دون المسمى كذلك وههنا ايضا لم يثبت عدة الوفاة

Copyright © King Saud University

لوجها فيه فان عدة الوفاة الزيادة اظهار التاسف كفوت
نعمة النكاح في النعمة والنكاح الصحيح في اعتبار بين
العدة احتياطا واذا مات مولى ام الولد عنها او اعتقها
فعدتها ثلاث حيض وقال الشافعي حيضة واحدة
وهو مروي عن ابن عمر قال عدتها اثر ملك اليمين
لانها تجب بزواله وكان كالاستبراء وهذا لا يختلف
بالحياة والوفاة ولنا انها ثابتة في زوال الفراش لانها
تجب به فكانت كعدة النكاح وفيها لا يكتفي بحيضة
واحدة والقياس على الاستبراء ضعيف لان سبب
استحداث الملك وسببها زوال الفراش ولا مناسبة
بينهما واما ما نقله عن عمر فانه قال عدة ام الولد ثلاث
حيض وهي المروي عن علي وابن مسعود وان
كانت مما لا تحيض فعدتها ثلاثة اشهر كما في النكاح
وقوله واذا مات الصغير عن امراته طاهر
وقوله كالحادث بعد الموت يعني بان تضع
بعد الموت لستة اشهر فصاعدا من يوم الموت
عند عامة المشايخ وقال بعضهم بان يأتي لاكثر من
سنتين قال في النهاية والاول اصح وتفسير قيام
الحمل عند الموت ان تلد لاقل من ستة اشهر من وقت
الموت كذا في الفوائد الظهيرية ولهما قوله تعالى و
واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن من غير
فصل بين ان يكون الحمل من الزوج او من غيره في
عدة الطلاق او الوفاة وقوله ولانها
مقدرة دليل معقول لهما وتقريره عدة الوفاة شرعت
عدة وضع الحمل في اولات الاحمال فصرت المدة وطالت

لقضا

لقضاء حق النكاح لا للتعرف عن فراغ الرحم وهذه مدة
وهذا المعنى متحقق وقضاء حق النكاح يتحقق في الصبي
وان لم يكن الحمل منه وهذه اخرى وهي واضحة
وبين الاولى بقوله لتشرع عدتها اي لتشرع عدة الوفاة
بالاشهر مع وجود الاقراء يعني لو كانت للتعرف
عن فراغ الرحم لم يشرع بالاشهر لان الحيض و
هو المعرف على ما مر وفيه بحث لان الضمير في
قوله لتشرع عدتها اما ان يعود الى عدة الوفاة في اولات
الاحمال او اليهما مطلقا ولا سبيل الى الاول لان
الحامل لا تحيض عندنا ولا الى الثاني لان المدعى
عدة الوفاة في الحامل ولا يلزم منه من ان لا يكون
للتعريف عن فراغ الرحم في غير الحامل ان لا يكون
له فيها لان نفس وضع الحمل يدل على فراغ الرحم
والجواب ان الضمير يعود الى عدة الوفاة
شرعت لقضاء حق النكاح لا للتعريف لا في اولات
الاحمال ولا في غيرها لانها شرعت بالاشهر مع
وجود الاقراء المعرفة والدليل اذا كان اعم من
المدلول كان اتم فائدة وكون نفس وضع الحمل يدل
على فراغ الرحم غير معتبر وعدم الاعتبار يقتضي
اعتبار العدم كما عرف وقوله بخلاف الحمل
جواب عن قوله يعني كالحادث بعد الموت يعني
انما كانت عدتها بالشهور لانا قطعنا بفراغ رحمها
عند الموت والزمنا العدة بالشهور قضاء لحق النكاح
باية التربص فلا يعتبر بعد وجود الحمل وفيما نحن فيه
لما وجبت العدة وجبت مقدرة بمدة الحمل لانها عدة

Copyright © King Saud University

اولات الاحمال بالنص فافترقا اي الحمل القائم عند الموت
والحادث بعده فان قيل اذا مات الرجل ولم يكن المراة
حاملا فعند الزمنا هلا تعتد بالشهور ثم اذا ظهر الحمل
يكون عدتها بوضع الحمل فقد تغيرت العدة بحدوث
الحمل اجاب بقوله ولا يلزم امراة الكبير اذا حدث
بها الحبل بعد الموت لان النسب بلا حمل لا يثبت و
ثبت ههنا لا بد له من حمل فجعلناه القائم حكما وفي
امراة الصغير لما لم يثبت النسب لم يحتج الى جعل الحمل
قائما عند الموت فكان الحمل حادثا الى اقرب الاوقات
فكان ابتدا عدتها بالاشهر لا محالة ولا يثبت النسب
في الوجهين يعني في وجهي مسئلة الصغير وهما وجه
القائم عند الموت ووجه الحادث بعده لان الصبي
لا ماء له فلا يتصور منه العلوق فان قيل النكاح
موجود فيقام مقام الماء لقوله صلى الله عليه وسلم
الولد للفراش اجاب بقوله والنكاح يقام
مقامه اي مقام الماء في موضع التصور وقوله
واذا طلق الرجل امراته ظاهر قال واذا
وطئت المعتدة بشبهة اذا وجبت على المراة عدتان
اما ان يكونا من رجلين او من رجل واحد فان
كان الثاني كما اذا طلقها فتزوجها في العدة
ووطئها او وطئ المطلقة ثلاثا وقال ظننت انها
تحل لي او طلقها بالفاظ الكناية فوطئها في العدة فلا
شك ان العدتين تتداخلان وان كان الاول وكانا
من جنسين كالمتوفى عنها زوجها اذا وطئت بشبهة
كما سيجيء او من جنس واحد كالمطلقة اذا تزوجت

في

في عدتها فوطئها الثاني وفرق بينهما تتداخلان عندنا
ويكون ما تراه المراة من الحيض محتسبا منهما
جميعا واذا انقضت الاولى ولم تكمل الثانية فعليها
اتمام العدة الثانية وصورة ذلك ان الوطي الثاني
اذا كان بعد ما رات المراة حيضة يجب عليها بعد
الوطي الثاني ثلاث حيض ايضا والحيضتان تنوبان عن
اربع حيض حيضتان للاولى وحيضتان للثانية والثالثة
عن الوطي الثانية خاصة وان لم تكن رات شيئا
فليس عليها الا ثلاث حيض وهي تنوب عن ست
حيض وقال الشافعي لا يتداخلان لان المقصود
من العدة العبادة اي عبادة الكف عن التزوج
والخروج ولا مداخلة في العبادات كالصومين
في يوم واحد فان العدة كف عن التزوج والخروج
كما ان الصوم كف عن اقتضاء الشهوتين فكما لا تداخل
في الصوم فكذا في العدة ولنا ان المقصود من العدة
التعرف عن فراغ الرحم وقد حصل التعرف بالعدة
الواحدة فيتداخلان وقوله ومعنى
العبادة تابع جواب عن قوله لان المقصود هو
العبادة والدليل على ان معنى العبادة في العدة
تابع ان ركنها حرمة الازدواج والخروج وقال الله
تعالى ولا تعزموا عقدة النكاح الاية وقال ولا
يخرجن الاية وموجب النهي التحريم واذا كان ركنها
الحرمة فالحرمات تجتمع كصيد الحرم للمحرم حرام للاحرام
والحرم وكالخمر فيمن حلف لا يشربها وهو صائم فانه
حرام له لصومه ولكونه خمرا وليمينه بخلاف الصوم فان

Copyright © King Saud University

ركنه الكف بقوله تعالى ثم اتموا الصيام الى الليل ولن
يجتمع الامساكان في يوم واحد واستوضح المصنف
تسمية العبادة بقوله الا يرى انها تنقضي بدون
علمها ومع تركها الكف بعني الخروج والعبادة لا تتحقق
اداؤها بدون ركنها واعترض بانها لو كانت للتعرف
عن فراغ الرحم لم تجب على الصبية والايسة لعدم
الشغل بهما ولا على المتوفى عنها زوجها لا يحتاج الى ذلك
واللوازم باطلة فكذلك الملزوم فان سلمنا ان
المقصود ذلك لكن لا نسلم جواز التداخل والجائز
التداخل في اقراء عدة واحدة لحصول المقصود وبقي ضرر
تطويل العدة عليها واجيب عن الاول بان الصبية
التي تحتمل الوطي والايسة تحتمل العلوق فادير
الحكم على دليل الشغل وهو الوطي لان العدة تجب
في ايجابها توهم الشغل وان كان على خلاف العادة
والمتوفى عنها زوجها الحاجة فيها الى التعرف قائمة
صيانة لماء الزوجين عن الاختلاط لان ما الاول
محترم في نفسه كما الثاني وعن الثاني بانا لا نسلم
الملازمة لان التعرف بحيضة واحدة ليس كالتعرف
بثلاث حيض في حصول المقصود لان المقصود من
الاول تعرف الفراغ ومن الثانية اظهار خطر النكاح
فرقا بينه وبين الاستبراء ومن الثالثة اظهار
لشرف الحرية وهذا المقصود لا يحصل بالحيضة الواحدة
وفيه نظر لان المصنف جعل الا التعرف عن فراغ الرحم فكان
السؤال واردا عليه وقوله والمعتدة
عن وفاة اذا وطئت بشبهة تعتد بالشهور ظاهر قال

في

٢٨٢

في المبسوط لو تزوجت في عدة الوفاة فدخل بها الثاني
ففرق بينهما فعليها بقية عدتها من الاول تمام اربعة
اشهر وعشر وعليها ثلاث حيض للاخر ويحتسب
بما حاضت بعد التفريق من عدة الوفاة ايضا قال
وابتدا العدة في الطلاق عقيب الطلاق اي ابتدا العدة
في الطلاق عقيب الطلاق وفي الوفاة عقيب الوفاة
لان سبب وجوب العدة الطلاق او الوفاة فيعتبر
ابتداوها من وقت وجود السبب فان لم تعلم
بالطلاق او الوفاة حتى مضت مدة العدة فقد
انقضت عدتها قال محمد اذا فارق الرجل امراته
زمانا ثم قال لها كنت طلقتك منذ كذا والمراة لا تعلم
بذلك لها ان تصدقه وتعتبر عدتها من ذلك الوقت
ومشايخنا بعض علما بخارا وسمرقند يفتون في
الطلاق ان ابتداوها من وقت الاقرار نفيا لتهمة
المواضعة لجواز ان يتواضعا على الطلاق وانقضا العدة
ليصح اقرار المريض لها بالدين ووصيته لها بشي او
يتواضعا على انقضا العدة لان يتزوج اختها او اربعا
سواها وقال في الذخيرة اختيار مشايخ بلخ انه يجب
العدة من وقت الاقرار عقوبة عليه جزاء على كتمان
الطلاق يعني حتى لا يتزوج باختها وبارابع سواها
زجرا له عن الكتمان لكن لا يجب لها نفقة العدة والسكنى
لان ذلك حقها وقد اقرت بسقوطه والعدة في
النكاح الفاسد عقيب التفريق بان يحكم الحاكم بالتفريق
بينهما او عزم الواطي على تركه وطيها والعزم امر باطن
لا يطلع عليه وله دليل ظاهر وهو الاخبار بذلك بان

يقول تزوجتك ووطئتها او ما يفيد معناه فيقام مقامه ويدار
الحكم عليه وقال زفر هي من آخر الوطئات لان الوطء هو
السبب الموجب للعدة اذ لو لم يطأها لم يجب عليها العدة و
لنا ان كل وطء وجد في العقد وتقديره القول بالموجب
وهو ان يقال سلمنا ان الوطء هو السبب الموجب
لكن جميع الوطئات التي توجد بالعقد الفاسد بمنزلة
وطء واحد لانه لا يجب عليها العدة الا بالتفريق او العزم لان
قبل ذلك جاز ان يوجد غيره فلا يكون ما فرضنا
آخر الوطئات التي توجد بالعقد الفاسد بمنزلة
وطء واحد لاستناد الكل الى عقد واحد ولهذا
يكتفى في الكل بمهر واحد واذا كان كذلك لم يتحقق
آخر وطء يترتب عليها العدة الا بالتفريق او العزم
لان قبل ذلك جاز ان يوجد آخر بعدها وتحرير هذه النكتة
العدة لا تثبت الا بآخر وطء لا يوجد الا بالتفريق
او العزم فالعدة لا تثبت الا بالتفريق او العزم اما
انها لا تثبت الا بآخر وطء فبالاتفاق بيننا وبين
الخصم واما ان آخر وطء لا يوجد الا بالتفريق او
العزم فلما قال مع جواز وجود غيره وقوله
ولان التمكن على وجه الشبهة دليل آخر وتقريره
ان حقيقة الوطء امر خفي له سبب ظاهر وهو التمكن
من الوطء على وجه الشبهة وكل امر خفي له سبب
ظاهر يقام السبب مقامه ويدار الحكم عليه فالتمكن
من الوطء على وجه الشبهة يقوم مقام حقيقة
الوطء واذا قام مقامها فما كان التمكن باقيا كان
الوطء باقيا فلا يتعين آخر الوطئات اذ التمكن باق

بعد

في ماله ولاية القضاء توجب سقوطه كما في
المكاتب اذا قتل عن وفاء وله وارث واجيب
بان الامام هاهنا نائب عن العامة فصار
كأن الولي واحد بخلاف مسألة المكاتب

باب العشر والخراج

لما ذكر ما يصير
به الحربي ذميا شرع في بيان الخراج الذي
يجب عليه وذكر العشر استطرادا لان سبب
كل منهما هو الارض النامية وقدمه على
الخراج لكونه من الوظائف الاسلامية والعشر
بضم العين احد اجزاء العشرة والخراج اسم لما يخرج
من غلة الارض او الغلام ثم سمي ما يأخذه السلطان
خراجا فيقال ادى فلان خراج ارضه وادى
اهل الذمة خراج رؤوسهم يعني الجزية والعذيب
ماء لتميم والحجر بفتحتين بمعنى الحجر لانه وقع في
امالي ابي يوسف الصحيح موضع الحجر ويظهر من
ذلك ان يقرأ بسكون الجيم وقيس بالتاء
فقد حرف وتمره بالفتح والسكون اسم رجل
وقيل اسم قبيلة ينسب اليها الدبل المعروف به
سمي بذلك ذلك المقام به فيكون بمجرى موته
من قوله بالتمر وهذا طولهما ومن نهر آل رعنا
والرمل عالج اسم موضع الى مشارق الشام
اي قراها عرضها والسواد اي اراضي سواد
العراق اي قراها سمي بالسواد لخضرة اشجاره
وزرعه وحده عرضا من العذيب الى عقبة
حلوان وهو اسم بلد ومن الثعلبية وهي من منازل

Copyright © King Saud University

البادية الى عبادان وهو حصن صغير على شط البحر طوله
فقيل في موضع التعليب القلب بفتح العين وسكون
اللام وهي قرية موقوفة على العلوية وهو اول العراق
شرقي دجلة وكلامه واضح وقوله لما قدمناه
من قبل يعني في اول باب الغنائم وقوله
والخراج اليق به يعني من حيث انه في معنى العقوبة
وان فيه تغليظا لوجوبه وان لم يزرع والكافر
اليق بالعقوبة والتغليظ وكان القياس في مكة
ان يكون خراجية لانها فتحت عنوة اي قسرا لكن
رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يوظف عليها الخراج
وكما لا رق على العرب فكذا لا خراج في اراضيهم وقوله
في الجامع الصغير بهذه الفايدة وقوله
ومن احيا مواتا فهي عند ابي يوسف معتبرة بـ
حيزها قيل هذا الاطلاق محمول على المقيد
وهو ما اذا كان المحيي مسلما واما اذا كان ذميا
فعليه الخراج وان كانت من حيز ارض العشر واذا
كان هذا مقيدا بكونه مسلما وجب ان يتوقف
المسلم لا يبتدأ بتوظيف الخراج بانه اذا لم يكن منه
صنيع يقتضي ذلك وهو السقي من ماء الخراج
اذا الخراج على جزاء للماء [illegible] وجب الخراج
بما يسقي بماء المقاتلة [illegible] الماء الذي حمته المقاتلة
ماء الخراج [illegible] الخراج اذا سقاه بماء الخراج
اي هو اشارة [illegible] وقوله والنهر
عنده عشرية جواب اشكال يرد على قول
ابي يوسف فيما ذكره في الاحيا في حيز الارض الخراجية

الارض

الارض خراجية والبصرة في حيز الارض الخراجية
وان احياها فيها مسلم يجب عليه العشر ووجهه
ان القياس ذلك لكن ترك باجماع الصحابة وقوله
لان حيز الشي يعطى له حكمه دليل ابي يوسف على
مذهبه وقوله كفنا الدار يعني فنا الدار
يعطى له حكم الدار في جواز الانتفاع وان لم يكن له
الفنا مملوكا لصاحب الدار لاتصاله بملكه فكذا ههنا
يعطى هذه الارض المحياة حكم حيزها لاتصالها
به ولا ينظر الى [illegible] وقوله وكان القياس
في البصرة ان يكون خراجية [illegible] الاول وهو رواية
القدوري [illegible] الشافعي شيها لذلك وهو الملك على
طريقة الكوفة [illegible] ملك من ملك
العجم وقوله لما ذكرنا من قبل اشارة الى قوله
لان العشر يتعلق بالارض النامية ونماوها بمائها
قال والخراج الذي وضعه عمر اعلم ان الخراج
على نوعين خراج وظيفة وهو ان يكون الواجب
في الذمة يتعلق بالتمكن من الانتفاع بالارض في
كل جريب وهو ارض طولها ستون ذراعا وعرضها
ستون بذراع الملك كسرى وهو يزيد على ذراع
العامة بقبضة فقفيز هاشمي وهو الصاع من حنطة
او شعير على ما قال الامام قاضي خان فتواه
درهم [illegible] على ما ذكر في شرح الطحاوي
ودرهم وقوله [illegible] والكرم اضعفها يعني
فاكثرها ريعا لانه يبقى على الابد بلا مونة والمزارع
اكثرها مونة لاحتياجها الى الزراعة والقا الحب

في كل عام والرطاب بيسهما لانهما يبقى اعواما ولابد وم
دوام الكروم فكانت فوق مونة الكروم دون مونة
المزارع وخراج مقاسمة وهو ان يكون الواجب شيئا
من الخارج كالخمس والسدس ونحو ذلك لانه ليس
توظيف عمر ويعتبر فيه الطاقة كما اعتبرها في الموظف
ومن الانصاف ان لا يزاد على النصف وقوله
والبستان كل ارض يحوطها حايط ظاهر واذا غلب
على ارض الخراج الماء او انقطع عنها فلا خراج عليه
لانه فات التمكن من الزراعة وهو النماء التقديري
المعتبر في الخراج وفيما اذا اصطلم الزرع افة اي استاصله
حر شديد او برد شديد او نحو ذلك فلا خراج
ايضا لانه فات النما التقديري في الذي اقيم مقام النما
الحقيقي في بعض الحول وكونه ناميا في جميع الحول
شرط كما في الزكاة فان من اشترى جارية للتجارة
ثم مضى عليها ستة اشهر ثم نواها للخدمة تسقط
الزكاة لانها لم تبق نامية في جميع الحول او يقال دار
الحكم على الحقيقة عند خروج الخراج يعني ان النما
التقديري انما كان قايما مقام الحقيقي فلما وجد الحقيقي
تعلق الحكم به لكونه الاصل وقد هلك فهلك ما
الخراج فان قيل اذا استاجر ارضا للزراعة
فاصطلم الزرع افة لم يسقط الاجر فما الفرق بينه وبين
الخراج اجيب بان الاجر يجب في وقت هلاك
الزرع لا بدله وليس الاجر كالخراج لانه وضع على
مقدار الخارج اذا اصطلمته افة رفع المزارعة فاذا
لم يخرج ثم قال مشايخنا ما ذكرنا في الكتاب ان الخراج

يسقط

٢٨٥

يحرم واذا كان الرحم فارغا لا يومر بالاستبرا لا
استحبابا ولا وجوبا لان الحكم لا يثبت بلا سبب وانما
قدم الاستحباب وكان حقه التاخير لان نفيه
يستلزم نفي الوجوب فكان تقديمه يوجب
الاستغنا عن نفي الوجوب اما لان الخصم يقول به فكان
نفيه اهم واما للتنصيص بقوله بخلاف الشرا فان الاستبرا
فيه واجب ومن يذكر ما سلف من المسايل يعلم
ما ذكرنا من القيود التي لم يصرح بذكرها المصنف و
استغنا عنها بما تضمن كلامه فيما سلف وقوله
بخلاف الشرا جواب عن قياس محمد صورة النزاع
على الشرا بالفارق وهو ان الشرا مع الشغل جايز و
دونه النكاح فالحكم بجواز النكاح امارة الفراغ و
والا لكان حكما بما لا يجوز ولا كذلك في الشرا فيجب
الاستبرا لو قوله وكذا اذا راى امراة و
تزني ظاهره وقيل ينبغي ان لا تحل لان احتمال
الشغل قايم ودليل الحرمة عند معارضة دليل
الحل راجح واجيب بانه يعارض الاحتمال لان
احتمال وجود الحل وعدمه فعند ذلك رجحنا جانب
العدم لاصالته ولتقوي الاصالة هنا بعدم حرمة
صاحب الما وقوله ونكاح المتعة باطل صورة المتعة
ما ذكره في الكتاب ان يقول الرجل لامراة اتمتع بك
كذا مدة بكذا من المال او يقول خذي هذه العشرة
لاتمتع بك اياما او متعيني نفسك اياما او عشرة ايام و
لم يقل اياما وهذا عندنا باطل وقال مالك هو جايز و
وهو الظاهر من قول ابن عباس لانه كان مباحا بالاتفاق

Copyright © King Saud University

فينبغي ان يظهر ناسخه قلنا قد ظهر ناسخه باجماع
الصحابة وبيانه ذلك انه وردت الاحاديث الدالة
على نسخها منها ما روى محمد بن الحنفية عن علي بن ابي
طالب ان منادي رسول الله صلى الله عليه وسلم نادى
يوم خيبر الا ان الله ورسوله ينهاكم عن المتعة ومنها
حديث الربيع بن سبرة قال احل رسول الله صلى
الله عليه وسلم المتعة عام الفتح ثلاثة ايام فخرجت
مع عم لي باب امراة ومع كل واحد منا بردة وكانت
بردة عمي احسن من بردي فخرجت امراة كانها
دمية عيطا فجعلت ينظر الى شبابي والى بردته وقالت
هلا بردة كبردة هذا او شبابا كشباب هذا ثم اثرت شبابي
على بردته فبت عندها فلما اصبحت اذا منادي رسول
الله صلى الله عليه وسلم ينادي الا ان الله ورسوله ينهاكم
عن المتعة فانتهى الناس عنها ثم اجمعت الصحابة
على ان المتعة قد انتسخت في حياة النبي صلى الله عليه وسلم
فكانت الاحاديث ناسخة والاجماع مظهر لان نسخ
الكتاب والسنة بالاجماع ليس بصحيح على المذهب
الصحيح فان قيل اين الاجماع وقد كان ابن عباس
مخالفا اجاب بقوله وابن عباس صح رجوعه
الى قولهم روى جابر بن زيد ان ابن عباس ما خرج
من الدنيا حتى رجع عن قوله في الصرف والمتعة فثبت
الاجماع وقيل في نسبته جواز المتعة الى مالك
نظر لانه روى الحديث في الموطا عن ابن شهاب
عن عبد الله والحسن ابني محمد بن علي عن ابيهما
عن علي ابن ابي طالب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم

نهى

المعنى على ذلك التاجيل وقوله فلو كانت
الكفالة بغير امره متصل بقوله اذا كانت الكفالة
بامره وقوله في الصحيح اشارة الى نفي
ما ذهب عامة المشايخ في شروح الجامع الصغير
من عدم التفرقة بين ما اذا كانت بامره او بغير
امره لاطلاق جواب الجامع الصغير والمصنف تابع
ما ذهب اليه الفقيه ابو الليث في شرح الجامع
الصغير من التفرقة بينهما واجاب عن
اطلاق جواب الكتاب اي الجامع الصغير بانه
محمول على المقيد وهو الكفالة بالامر لانه حينئذ تكون
معاوضة انتهى والا فهو تبرع ابتداء وانتهاء فلا
يلزم شريكه وضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة
التجارة في انه يلزمه ايضا وعن ابي يوسف في غير
رواية الاصول انه لا يلزم الشريك ويلمح عن تقرير
المصنف على هذا الوجه انه يظهر لك سقوط ما اعترض
به على المصنف في قوله بمنزلة الكفالة عند ابي حنيفة
ولا نقول بمنزلة الكفالة وجه ووجه ابي يوسف
ان ضمان الغصب والاستهلاك ضمان وجب بسبب
ليس هو بتجارة فلا يلزم شريكه كارش الجناية
ولهما ان ضمان الغصب والاستهلاك ضمان تجارة
لانه بدل مال محتمل الشركة فانه يجب باصل السبب
وعند ذلك المحل قابل للتملك ولهذا يملك عن
المغصوب والمستهلك بالضمان ولذلك صح اقرار
الماذون به ويواخذ به في الحال ولذلك صح اقرار
الصبي والماذون له والمكاتب به ولو لم يكن ضمان و

تجارة لما مر وذلك معنى قوله لانه معاوضة انتها
وقوله وان ورث احدهما مالا بالسوس
اي المال الذي يصح للشركة كالدراهم والدنانير والفلوس
النافقة بطلت المفاوضة لما ذكر في الكتاب وقوله
فان المساواة ليست بشرط فيه اي في العنان ابتدا
وكل شرط فيه ابتدا ليس يشترط فيه دواما لان ما
لدوامه حكم ابتدا لكونه عقدا غير لازم فان من
احد الشريكين اذا امتنع عن المضي على موجبه و
لا يجبر اتفاقا على ذلك وتامل في كلام المصنف
تامل عالم بالتحقيق تدرك سقوط ما اعترض عليه
فان عقد الاجارة عقد لازم ومع هذا فلدوامه
حكم الابتدا حتى انها لا تبقى بموت احد المتعاقدين
فكيف يصح التعليل بعدم اللزوم لانا نقول مدعاه
وهو ان يكون لدوامه حكم الابتدا وذلك
لانا قد قلنا كل ما هو عقد غير لازم فلدوامه
حكم الابتدا وهذا ثابت بالاستقرا ويتم هذه
المقدمة الى قولنا ما نحن فيه من الشركة عقد
غير لازم تحصل لنا ما نحن فيه من الشركة لدوامه
حكم الابتدا واما ان يكون بعض العقود اللازمة
انفعالا فلدوامه الابتدا بدليل فلا يضر في مطلوبنا
لان الموجبة الكلية لا تنعكس كنفسها وان ورث
احدهما عرضا فهو له ولا تفسد المفاوضة لما ذكر
في الكتاب ولان هذه المفاوضة لا تمنع ابتدا
فكذا لا تفسد بقا فصل لما كان البحث
عما ينعقد به شركة المفاوضة غيرا البحث عنهما

فصل

ان يقوم باعوانه واجرائه وكل واحد منهما غيره هو
عاجز عن ذلك فكان العقد صحيحا واما الثاني
فلان احد الشريكين لو عمل في دكان والاخر في
دكان اخر لا يتفاوت الحال وهو ظاهر فان قيل
قد تقدم ان من الفروع المترتبة على اصل زفر
والشافعي في مسئلة الخلط ان شركة التقبل لا تجوز
فكيف يصح قول زفر مع مالك في جوازها اذا كانت
الاعمال متفقة اجيب بان زفر له في هذه
المسئلة اعني الخلط قولان قد ذكر المصنف في
تلك المسئلة حكم الرواية التي يشترط فيها خلط
المال وذكر ههنا حكم الرواية التي لا تشترطه ولكن
اطلق في اللفظ ولم يذكر اختلاف الروايتين فترا
ظاهره متناقضا وقوله ولو شرط العمل
نصفين والربح الحاصل اثلاثا جاز استحسانا
والقياس ان لا يصح لان الضمان بقدر ما شرط عليه
من العمل فالزيادة عليه ربح ما لم يضمن فلم يصح
العقد لتاديته اليه اي الى ربح ما لم يضمن وصار
كشركة الوجوه في ان التفاوت فيهما في الربح لا يجوز
اذا كان المشترى بينهما على السوا واما اذا
اشترطا التفاوت في ملك المشترى فيجوز التفاوت
حينئذ في الربح في شركة الوجوه ايضا وقوله
ولكنا نقول بيان وجه الاستحسان ما ياخذه كل م
من الشريكين لا ياخذه ربحا لان الربح انما يكون م
عند اتحاد الجنس ولهذا قالوا لو استاجر دارا
بعشرة دراهم ثم اجرها بثوب يساوي خمسة عشر جاز

Copyright © King Saud University

لما ان الربح لا يتحقق عند اختلاف الجنس والجنس
فيما نحن فيه لم يتحد لان راس المال عمل والربح مال
فكان ما ياخذه بدل العمل والعمل يتقوم بالتقويم
فاذا رضيا بقدر معين كان ذلك منهما تقويما
للعمل فيتقدر بقدر ما قوم به ولا يجرم لانه لم يؤد
الى ربح ما لم يضمن بخلاف شركة الوجوه لان جنس
المال متفق هو الثمن الواجب في ذمتهما دراهم
كانت او دنانير والربح يتحقق في الجنس المتفق
وقوله وربح ما لم يضمن تفسيره لو جاز
اشتراط زيادة الربح كان ربح ما لم يضمن وذلك
لا يجوز الا في المضاربة وانما جاز فيها لوقوعه
بمقابلة العمل في جانب المضارب وبمقابلة المال
في جانب رب المال وليس واحد منهما في شركة
الوجوه ولا الضمان بمقابلة الربح موجودا فيلزم
فيها ربح ما لم يضمن فلا يجوز وقوله وما
يتقبله كل واحد منهما العمل يلزمه ويلزم شريكه
ظاهر وقوله ويبرا الدافع بالدفع اليه
اي يبرا دافع الاجر الى كل واحد من الشريكين قيل
ويجوز معناه ويبرا الدافع من كل من الشريكين
بالدفع اليه اي الى صاحب الثوب مثلا لو احد الشريكين
ثوبا ليصبغه ثم دفع الآخر الثوب مصبوغا الى صاحبه
يبرا من الضمان وقوله وهذا استحسان اي
لزوم العمل على واحد منهما وهو معنى الكفالة ظاهر
في المفاوضة وفي غيرها وهو العنان استحسان و
اي معنى الكفالة بطريق الاستحسان والقياس

خلاف

الخامس

يجعلها بعضا من حيث ان في كل منهما عرضة الزوال
والهلاك والاباق هو الهرب والآبق هو الهارب
من مالكه قصدا والابق اخذه افضل في حق من
يقوى عليه اي يقدر عليه لما فيه من احيائه اذ الابق
هالك في حق المولى فيكون الرد احياله واما الضال
وهو الذي لم يهتد الى طريق منزله من غير قصد
فقيل انه كذلك وقيل تركه افضل لانه لا يبرح
مكانه فيجده المالك ولا كذلك الابق ثم اخذ
الابق يأتي به الى السلطان لانه لا يقدر على حفظه
بنفسه هذا اختيار شمس الائمة السرخسي واما
اختيار شمس الائمة الحلواني فهو ان الراد بالخيار
ان شاء حفظه بنفسه وان شاء دفعه الى الامام
وكذلك الضال واللقطة الواحد فيهما بالخيار
وقوله ثم اذا رفع الابق اليه يحبسه
ظاهر وقوله وكما ان الصحابة اتفقوا
على وجوب اصل الجعل الا ان منهم من اوجب اربعين
ومنهم من اوجب ما دونها قال عمر في جعل الابق
دينار او اثنا عشر درهما وقال علي في جعل الابق
دينار او عشرة دراهم وقال ابن مسعود اربعون
درهما وقال عمار بن ياسر ان رده في المصر فله
عشرة وان رده من خارج المصر يستحق اربعين
فاوجبنا الاربعين في مسيرة السفر وما دونها
فيما دونه توفيقا وتلفيقا اي جمعا بين الروايات
المتعارضة فان قيل كان الواجب ان يوخذ بالاقل هو
المقدار المتيقن اجيب بانه لم يوجد بالاقل قول

لان التوفيق بين اقاويلهم ممكن بان يحمل قول من افتى
بالاقل على ما اذا اراده مهاد ونه مسترة سفر
وقول من افتى بالاكثر على ما اذا اراده من
مسيرة سفر وهذا افقي لانه يعمل بكل منهما وقوله
والتقدير بالسمع جواب عن قياس الالحاق
على القتال في عدم وجوب الجعل وفي قوله
ولان الحاجة اشارة الى نفي الالحاق دلالة
لانها يقتضي التساوي بين الاصل والملحق
وليس بموجود قوله ولان الحاجة وتقرير
الرضخ تفضيل لقوله وان رده لاقل من ذلك يعطا
فحسابه فان عملوا بالقيمة كان لكل يوم ثلاث
عشر درهما وثلث درهم قيل والاشبه التفويض
الى راي الامام وقوله والمدبر وام الولد
في هذا اي في وجوب الجعل بمنزلة العبد لانها
مملوكان للمولى وهو يستكسبهما بمنزلة القن
وتعليل غير المصنف يقوله لما فيه من احيا ملكه
اولى من تعليل غيره بقوله لما فيه من احيا المالية
لان ام الولد لا مالية لها عند ابي حنيفة
وقوله لانهما يعتقان بالموت باطلاقه
ظاهر في حق ام الولد وفي حق المدبر الذي لا سعاية
عليه واما الذي عليه السعاية بان لم يكن للمولى
مال سواه فكذلك لا يستوجب الجعل على
الورثة لان المستسعى كالمكاتب عنده وحر
مديون عندهما ولا جعل لراد المكاتب او الحر وقوله
ولو كان الراد ابا المولى او ابنه وهو اي كل واحد

منهما

فان الطلاق ... لا محالة ولو
قال انت طالق اليوم غدا ظاهر واعترض بانه لم لا يجعل
غدا ظرفا للطلاق اخر واجيب بانه يحتاج
الى تقدير طالق والاصل عدمه فلا يصار اليه
في غير موضع الضرورة وفيه نظر لان هو كلام
العاقل عن الالغا نوع ضرورة والاولى ان يقال
وصفها بالطلاق اليوم وغدا وبالطلقة الواحدة لا
يحصل هذا المقصود فلا حاجة الى غيرها وعلى
هذا كان كلامه مصونا عن الالغا فان قيل هذا
لا يتم في الصورة الثانية وهي قوله انت طالق
غدا اليوم لانه وصفها بالطلاق غدا والموصوف به
غدا لا يكون موصوفا به اليوم اجيب بان
ايقاع الثانية فيها يفضي الى المكررة وهي ايقاع
للطلقتين دفعة واحدة فلا يسعى لاثباتها فيكون
الثاني لغوا ولو قال انت طالق غدا على ما ذكره
في الكتاب ظاهر وقوله على ما بينا
اشارة الى قوله لانه نوى التخصيص في العموم وهو
يحتمله مخالفا للظاهر وقد علمت ما فيه وقوله
ولابي حنيفة انه نوى حقيقة كلامه قيل فيه
اشارة الى الجواب عن قولهما مخالفا للظاهر وتقريره
ان خلاف الظاهر انما لا يدين في القضا اذا لم يكن
بينه مصادفة لحقيقة كلامه وههنا صادفتها
فيدين قضاء كما لو قال ... طالق ... لا يتزوج
النسا ونوى جميع النسا صدق قضاء وبانه ...
مخالف للظاهر لمصادفة نيته حقيقة كلامه وفيه نظر

لان التسمية لا تحتاج الى النية وانما تحتاج اليها ما هو من
محتملات كلامه كالمجاز ونحوه لكن اذا اجاب
عنه بقوله معرفة ان ... لا ينفي الاستيعاب وهو
حقيقة وعند انتفيه وهو حقيقة بدليل قوله تعالى
انا لننصر رسلنا والذين امنوا في الحياة الدنيا ويوم
يقوم الاشهاد فانه لا استيعاب فيما فيه الحرف وهو
ثابت فيما لا حرف فيه وبيانه ان الله تعالى ذكر
نصرة الرسل والمرسل اليهم في الدنيا مقيد ونصره معرف
في وذكر نصرتهم في الاخرة وغير معرفة بها في هذه
الاية لان نصره اياهم في الاخرة دايمة واما
نصرته في الدنيا فكانت اتفق في بعض الاوقات
دون بعض اذا الابتلاء كما هو حقيقة في احدهما
مجاز في الاخر فان عرف هذا فيكون نيته
حقيقة الكلام من باب بيان التقرير وهو تاكيد
الكلام بما يقطع احتمال المجاز قيل بيان نيته لان كون
مراده بقوله في غد مجازه وهو الاستيعاب فاذا نوا
ها فقطع احتمال المجاز وموضعه اصول الفقه و
... في كلامه واضح بعد معرفة ما ذكرنا ولو قال
انت طالق امس وقد تزوجها اليوم لم يقع شي لانه
اسنده الى حالة معهودة اي معلومة منافية
لمالكيه الطلاق لانها لم تكن في ملكه في ذلك الوقت
الذي اضاف اليه الطلاق فيلغوا كما اذا قال انت طالق
قبل ان اخلق او تخلق ولانه امكن تصحيحه اخبارا
عن عدم النكاح فكانه قال ما كنت امس في قيد
نكاحي واذا امكن ذلك صرف اليه لكونه موضوعا له

دون

دون الدنيا وفيه نظر لان الحالف يحتمل انه عنى
بوقوع طلاقها بتطليق الزوج وغيره غير مطلق لان
المطلق اذا كان هذا الزوج فليس بمستقيم لانها
لم تكن في قيد نكاحه وان كان غيره فهو المذكور
بقوله او عن كونه مطلقة بتطليق غيره من الازواج
فيكون تكرارا وايضا قوله انت طالق موضوع للاخبار
لغة فلا نسلم ان امكان المصير الى المفهوم اللغوي
يمنع المصير الى المفهوم الشرعي فان ذلك يفضي
الى ابطال كثير من المفهومات الشرعية والجواب
عنه بان قوله انت طالق امس لمن تزوجها اليوم
لغو لعدم شرطه وهو الملك وقت الطلاق فلو هو
محمول عن الاخبار عن عدم النكاح مجازا لان هو
رفع النكاح يستلزم عدمه فامكان المصير الى
المفهوم اللغوي احتمال يمنع المصير الى المفهوم الشرعي
اذا لم يفض الى اللغو فاما اذا افضى اليه فيصرف صونا لكلام
العاقل عن اللغو او عن كونها مطلقة من
بتطليقه غيره من الازواج يعني ان هذه المراة
اما ان تكون مطلقة بزوج اول فان كان الثاني
حمل قوله انت طالق امس اخبارا عن عدم النكاح
مجازا وان كان الاول حمل الاخبار عن كونها مطلقة
ذلك الزوج ولو تزوجها اول من امس وقع الساعة
لانه ما اسنده الى حالة منافية وهو واضح ولا
يمكن تصحيحه اخبارا ايضا وهذا على الوجه الاول و
واضح واما على الوجه الثاني فانما يستقيم اذا كانت
غير مطلقة فلا يستقيم الا اذا حمل نكاح هذا الزوج

زانيا لذلك الشبهة وتمامه ما فيه وقوله ... م
ولو قال انت طالق قبل ... بشهر ... احدهما واضح
وقوله ... كما في قوله ان لم آت البصرة يعني
كما اذا قال لها انت طالق ان لم آت البصرة لا يقع الطلاق
حتى يقع الياس عن الاتيان فاذا انتهى الى الموت فقد
وقع الياس فوجد الشرط لمحل قابل والملك باق
فوقع فكذلك ههنا وموتها بمنزلة موته يعني يقع
الطلاق قبيل موتها ايضا وقوله ... هو الصحيح
احتراز عن رواية النوادر فانه قال فيها لا يقع الطلاق
بموتها لان الزوج قادر على ان يطلقها ما لم تمت وانما
عجز بموتها فلو وقع الطلاق لوقع بعد الموت وهو ...
قوله ان لم آت البصرة وجه ظاهر الرواية ان الايقاع
من حكمه الوقوع وقد تحقق العجز عن ايقاعه قبيل
موتها لانه لا يعقبه الوقوع كما لو قال انت طالق مع
موتك فيقع الطلاق قبيل موتها بلا فصل ولا ميراث
للزوج لان الفرقة وقعت بينهما قبيل موتها بايقاع
الطلاق عليها والفرق بين رواية ... مسئلة الكتاب
وبين قوله انت طالق ان لم آت البصرة حيث ... لا يقع
الطلاق بموتها فيه وفي مسئلة الكتاب تحقق
شرط الوقوع وهو عدم التطليق في زمان يمكن التطليق
وهو اخر جزء من اجزاء حياتها فتطلق لوجود الشرط
بخلاف قوله ان لم آت البصرة لانه لا يتحقق الشرط بموتها
لانه قادر على اتيان البصرة فلم يتحقق الشرط فلا يقع
الطلاق قال ولو قال انت طالق اذا لم اطلقك اذا
قال لها انت طالق اذا لم اطلقك او ... اذا ما لم

اطلقك

اطلقك فاما ان ... شيئا او لم ينو فان كان الاول فان
نوى الوقت ... في اخر العمر لان اللفظ يحتملها
و... محتمل صحيحة وان كان الثاني فقد اختلف
فيه العلماء قال ابو حنيفة لم يطلق حتى يموت
وقالا تطلق حين سكت الزوج لان كلمة اذا ...
للوقت ويستعمل للشرط ... من غير سقوط الوقت كما
وهو مذهب البصريين واستدل لهما بقوله تعالى
اذا الشمس كورت لافادة الوقت الخالص في امر
مترقب اي منتظر لا محالة وبقوله واذا يكون كريهة
ادعى لها واذا يحاس الحيس يدعى جندب لافادته
في الامر الكاين في الحال واشار بقوله فصار بمنزلة
قوله متى ومتى الى عدم سقوط معنى الوقت و
عند استعماله شرطا واستوضح كونه بمعنى متى بقوله
ولهذا لو قال لامراته انت طالق اذا شئت
لا يخرج الامر من يدها بالقيام كما في قوله متى شئت
ولو كان بمعنى ان لخرج الامر من يدها بالقيام
عن المجلس كما في ان ولابي حنيفة ان كلمة اذا
مشتركة بين الظرف والشرط فيستعمل في كل وهو
مذهب الكوفيين واستدل على ذلك بقول الشاعر
في نفسه واستغن ما اغناك ربك بالغنى
واذا تصبك خصاصة فتجمل ووجه ذلك ان اصابة
الخصاصة من الامور المترددة وهي ليست بوقت
... وكانت بمعنى ان ولم يستدل على جانب الظرفية
... واذا كانت مشتركة لم يتعين احد الامرين فيها
دفعة فان اريد به الشرط لم يطلق في الحال وان اريد به

الوقت صلحت فلا يبطل بالشك والاحتمال بخلاف مسئلة
المشيئة لانه على اعتبار انه للوقت لا يخرج الامر من يدها
وعلى اعتبار انه للشرط يخرج والامر صار في يدها فلا
يخرج بالشك وفيه نظر لان الامر صار بيدها بقوله اذا
شئت فلا يمكن ان يكون مخرجا للامر عن يدها والا لزم
ان يكون الشيء الواحد علة للضدين والجواب ما قررناه
في التقرير فليطلب ثمة ولو قال لها انت طالق ما لم
اطلقك انت طالق واضح واقله بقوله موصولا لا يقع لو
اذا قال لها ذلك مفصولا وقعت قياسا واستحسانا
لانه وجد الزمان الخالي عن التطليق وقوله
واخواته يريد به نحو قوله لا يلبس هذا الثوب وهو لا
بسه ولا يركب هذه الدابة وهو راكبها فنزعه
في الحال ونزل منها لا يحنث وان كان اللبس القليل
والركوب القليل يوجد ان وقت الاشتغال بالنزع
بالنزع والنزول وقوله ومن قال لامراته
يوم اتزوجك فانت طالق ثلاثة الفاظ النهار والليل
واليوم اما النهار فللبياض خاصة واما الليل فللسواد
خاصة وذلك حقيقتهما اللغوية واما اليوم فانه يستعمل
في بياض النهار ومطلق الوقت بالاشتراك عند البعض و
الصحيح وهو مذهب الاكثر ان اطلاقه على مطلق
الوقت مجاز لان حمل الكلام على المجاز اولى من الاشتراك
لعدم اختلال الفهم بوجود القرينة وعلى التقدير ان
لا يخلو من القرينة فلا يحمل احد معنييه على الاخر
بما قرن به فان كان ممتدا وهو ما يصح فيه ضرب المدة
كاللبس والركوب والمساكنة وغيرها الصحة ان يقال

لبست

الثوب قوله في ذلك لكونه امينا والتوقف [illegible]
لو لها حكم الرجعة [illegible]
الجواب عن الاعتراض بانه [illegible]
لانه لما صدقه في الرجعة لم يصدقه في [illegible]
بضعها فانه يكون اقرارا بما هو خالص حقه بخلاف
الاقرار بالنسخ فانه اقرار بذلك فكان [illegible]
الفرق [illegible] ان كان الرابع وعبر عنه المصنف بقوله
ولو كانت على العكس فعندهما القول قول المولى
لان منافع البضع خالص حقه والزوج يدعيها
وهو ينكر وكذا عنده في الصحيح لانها منقضية
العدة في الحال بالاتفاق وبالانقضاء يظهر ملك
المتعة للمولى وهي تبطله فلا يقبل قولها فيه بخلاف
الوجه الاول لان المولى بالتصديق في الرجعة
مقر بقيام العدة عندها اي عند الرجعة ولا يظهر
ملكه مع العدة وفي هذا الكلام اشارة الى الجواب
عن مسئلة النسخ كما اشرنا اليه وقوله
وان قالت انقضت عدتي [illegible] والضمير يرجع
راجع الى الانقضاء قال واذا انقطع الدم من الحيضة
الثالثة كلامه واضح وقوله بلزوم
حكم من احكام الطاهرات وقوله وان تيممت
وصلت اطلق الصلاة ليتناول المكتوبة وغيرها
وقوله حتى تثبت به من الاحكام يريد به
دخول المسجد ومس المصحف وقراءة القران واباحة
الصلاة وسجدة التلاوة وقوله والاحكام
الثانية ايضا ضرورية اقتضائية يعني ان ثبوت هذه

Copyright © King Saud University

… ضرورية … اذا الصلاة بالتيمم اما عن … علاوه
ركن … فلانه مكان الصلوة …
بعده المذكور في كتابه في تواضع القراة فانه يجوز ان
… في صلاتهما ابتدا الصلاة ولقائل ان يقول الحاصل
… دليلهما ان التيمم طهارة ضرورية وان الضرورة
انما يتحقق حال اداء الصلاة فلا يكون قبله طهارة
يتعلق بها انقطاع الرجعة وقد تقرر في الاصول
ان الثابت بالضرورة لا يتعدى موضعها فكان الواجب
ان لا ينقطع الرجعة وان صلت ما لم تغتسل او يمضي
عليها وقت صلوة والجواب ان الضروري
متى ما يثبت يثبت بجميع لوازمه ومن لوازم ثبوت
الطهارة عند اداء الصلاة انقطاع الحيض من لوازم
انقطاعه مضي المدة ومن لوازم مضيها انقطاع الرجعة
ولازم لازم اللازم لازم فيثبت عند ثبوته واما
الجواب عن جعلهما التيمم طهارة ضرورية هو
ههنا وطهارة مطلقة في باب الامامة وجعل محمد
محمد بالعكس فقد سبق مستوفى واذا اغتسلت هو
ونسيت شيئا من بدنها لم يصبه الما فان كان عضوا
فما فوقه لم ينقطع الرجعة وان كان اقل من عضو
كاصبع ونحوه انقطعت قال المصنف وهذا استحسان
اعلم ان محمدا لم يذكر في كتبه موضع القياس هل هو
عضو فما فوقه او ما هو دونه وروي انه عند ابي
يوسف في العضو فما فوقه فان القياس ان ينقطع
الرجعة لانها اغتسلت هو دونه وروي انه عند
ابي يوسف في العضو فما فوقه فان القياس ان ينقطع

الرجعة

الرجعة لانها غسلت اكثر البدن وللاكثر حكم الكل …
… الما جميع البدن وفي الاستحسان لا تنقطع لان
الفرض باقية لعدم الطهارة وعند محمد فيما دون
فالقياس ان تبقى الرجعة لبقاء الحدث وفي الاستحسان
ان تنقطع لان ما دونه العضو يتسارع اليه الجفاف
لقلته فلا يتيقن لعدم وصول الما اليه فالمصنف اشار
الى ذلك بقوله والقياس في العضو الكامل ان لا تبقى
الرجعة لانها غسلت الاكثر وهو اشارة الى قياس
ابي يوسف وبقوله او القياس فيما دون العضو
ان لا تبقى لان حكم الجنابة والحيض لا يتجزى
وهو اشارة الى قياس محمد وذكر وجه الاستحسان
وبين الفرق بين العضو الكامل وما دونه بقوله
ان ما دون العضو يتسارع اليه الجفاف لقلته
فلا يتيقن لعدم وصول الما اليه فقلنا بانقطاعها
حتى لو تيقنت بعدم وصول الما اليه بان تركت
قصدا لم ينقطع الرجعة وهذا اشارة الى استحسان
محمد وقال بخلاف العضو الكامل لانه لا يتسارع
اليه الجفاف فلما لم يكن مبلولا علم انه لم يصبه الما
لعدم الغفلة عنه عادة فلا تنقطع الرجعة وهذه
اشارة الى استحسان ابي يوسف فانظر حذق المصنف
في هذا الادراج اللطيف الذي قل ما وقع مثله لغيره
جزاه الله عن المحصلين خيرا وعن ابي يوسف
ان ترك المضمضة والاستنشاق كترك عضو كامل
والواو بمعنى او لان الحكم في كل واحد منهما ذلك وهو
رواية اخرى عنه وهو رواية الكرخي عن محمد هو لعع

Copyright © King Saud University

... دون ... لانه في فرضيته
... الاستئناف ... في الفصل
... لان الاحتياط في انقطاع الرجعة
... الاعتقاد فانه لا خلاف لاحد في فرضيته
... ومن طلقة وهي حامل ومن طلق امراته وهي
حامل او ولدت منه ثم طلقها وقال لم اجامعها ثم
اراد الرجعة فله ذلك ولا معتبر بقوله لم اجامعها
لانه ظهر الحبل في مدة يتصور ان يكون منه لكون
المسئلة موضوعة في ذلك ومتى ظهر في مدة يتصور
ان يكون منه جعل منه لقوله صلى الله عليه وسلم
الولد للفراش الحديث وذلك اي جعل الحمل منه دليل
دليل الوطي منه وكذا اذا ثبت نسب الولد منه
جعل واطيا لانه لا يتصور بدونه واذا ثبت الوطي
تاكد الملك والطلاق في ملك متاكد يعقب الرجعة
ويبطل زعمه انه لم يجامعها بتكذيب الشارع
وفيه بحث من وجهين احدهما ان النسب يثبت
دلالة وقوله لم اجامعها صريح والصريح يفوق
الدلالة والثاني انه اقر بقوله لم اجامعها بسقوط
حق مستحق له وتكذيب الشارع لا يرده كما لو اقر
بعين لانسان ثم اشتراها ثم استحقت من يده ثم
وصلت اليه بالتسليم الى المقر له فان صار مكذبا شرعا
واجيب عن الاول بان الدلالة من الشارع
والصريح من العبد ودلالة الشارع اقوى لاحتمال
الكذب من العبد دون الشارع وعن الثاني بانه
لم يتعلق ههنا باقراره حق الغير والموجب للرجعة وهو

الطلاق

... الطلاق بعد الدخول ثابت ...
المعتبر ... فالمسئلة ...
منه موجود وهو تعلق حق الغير ...
بقوله والطلاق في ملك متاكد يعقب الرجعة
وتبيان الاولوية ان الاحصان له مدخل في وجود
العقوبة ومع هذا يثبت بهذا الوطي فلان يثبت
به الرجعة التي ليست فيها جهة العقوبة اولى
وقوله وتاويل مسئلة الولد ... ظاهر
كان خلا بها واغلق بابا او ارخى سترا على رواية
كتاب الطلاق خطه او وعلى رواية الجامع الصغير
وارخى سترا بالواو والاول اصح ثم قال لم اجامعها
ثم طلقها لم يملك الرجعة لان تاكد الملك بالوطي
وقد اقر بعدمه فيصدق في حق نفسه والرجعة
حقه وان قيل قد صار مكذبا شرعا لوجوب
كمال المهر ولا يجب المهر كاملا الا اذا كان الطلاق
بعد الدخول اجاب بقوله ولم يصر مكذبا
شرعا لان تاكيد المهر المسمى يبتني على تسليم
المبدل لا على القبض ومعناه انما يصير مكذبا
شرعا ان لو كان كمال المهر مستلزما للقبض وهو
الوطي وليس كذلك وانما هو مستلزم لتسليم
المبدل وقد حصل بالخلوة الصحيحة اذ التسليم
عبارة عن رفع الموانع بين المسلم والمسلم اليه
وبقدرة المسلم اليه على ان يتسلمه وقد وجد
ذلك والتسليم غير مستلزم للقبض فلا يلزم
التكذيب بخلاف الفصل الاول لان الحمل وثبوت النسب

Copyright © King Saud University

... يعتبر ... لا يب به ... واجها بعد اخلا
... يعني فان كان لا يمكنها ثم زيادة
... سنتين بيوم صحت تلك الرجعة اي الرجوع
... لان السبب ثابت منه لعدم الاقرار بمضي
... ولاحتمال المدة فان الولد يبقى في البطن
هذه المدة ولا يكون ذلك الا بالدخول فانه لو واطيا
يحمل الطلاق دون ما بعده لان فيما بعده يكون
الوطي حراما لزوال الملك بنفس الطلاق بمضي الحالي
عدة لحمل الغير من عدم الوطي قبله لانه انكره بعد الخلوة
والمسلم لا يفعل الحرام واذا كانت موطوة قبل
الطلاق كان الطلاق بعد الدخول وذلك يعقب
الرجعة فكانت الرجعة صحيحة قال فان قال
لها اذا ولدت فانت طالق ومن علق طلاق امراته
بولادة فولدت ثم ولدت ولدا فاما ان يكون بين
الولدين ستة اشهر او لا فان كان الثاني فالولادة
الثانية لا تكون دليل الرجعة فيكون الطلاق
قد وقع بالولد الاول وانقضت العدة بالولد
الثاني وما ثم دليل على ان وطئها بعد الولد الاول
فلا يثبت به الرجعة وان كان الاول وهو المذكور
في الكتاب فهي رجعة لان الولادة الثانية رجعة
وجهه ما ذكر في الكتاب وهو واضح وقوله
وان كان اكثر من سنتين للوصول اي لما كان بين
الولدين ستة اشهر لا تفاوت بعد ذلك بين ان يكون
الولادة الثانية في اقل من سنتين وبين اكثر من
ذلك في ثبوت الرجعة لان الولد الثاني معلق العلوق

حادث

حادث لا محالة وهو بالوطي
وان قال كلما ولدت ولدا فانت ... في
الكتاب واضح وقوله لما ذكرنا ... في
لانه وقع الطلاق عليها بالولد الاول وقوله
والمطلقة الرجعية تتشوف وتتزين ... خاص
في الوجه والتزين عام يفعل من شفت الشيء جليته
ودينار مشوف اي مجلو وهو ان تجلو المراة
وجهها وتصقل خدها وقوله اذ النكاح
قائم بينهما يدل عليه ولذلك جميع احكام النكاح
قائم ولهذا لو قال كل امراة لي طالق تدخل هذه
المطلقة فيه وتقع عليها الطلاق فان قيل
لو كان النكاح قائما لجاز ان يسافر بها كالتي في
نكاحه وليس كذلك على ما نذكره اجيب
بانه امتنع بالنص وهو قوله تعالى لا تخرجوهن
من بيوتهن فانه نزل في الطلاق الرجعي بدليل
قوله تعالى لعل الله يحدث بعد ذلك امرا اي لعله
يبدو له فيراجعها والمسافرة بها اخراج من البيت
فيكون منهيا عنها فان قيل لم لا يكون نفس
المسافرة دليلا على الرجعة اجيب
بان الاخراج منهي عنه والرجعة مندوب اليها
وهما متنافيان وقوله ولان تراخي
عمل المبطل دليل معمول على عدم جواز المسافرة
بها قبل الرجعة وتقريره تراخي عمل المبطل وهو
الطلاق لحاجة الزوج ولا حاجة له اليها فلا تراخي
اما ان التراخي لذلك فقد علم مما تقدم واما عدم

Copyright @King Saud University

الحيض ... او لا ... اذا لم يراجعها حتي انقضت المدة ...
... الا ... وفيه نظر لان ... علي ان
المسافرة لا يجوز ... انقضت المدة ولم يراجعها وان
... المسافة ... في العدة فليس فيه دلالة علي عدم
... ذلك والكلام فيه واجيب بانه انما
... لو كان المراد بالمدة العدة واما اذا اريد بها مدة
الاقامة فلا يرد وفيه نظر لان عمل المبطل اخرالي
انقضا العدة بالاجماع دون مدة الاقامة ولعل
الصواب ان عدم جواز المسافرة انما ثبت بالسنة
كعمل المبطل واذا ظهر عدم الحاجة تبين ان المبطل عمل
عمله من وقت وجوده ونهدم تحسب الاحزاب
من العدة ولو كان عمل المبطل مقتصرا علي انقضا العدة
لما احتسب الايام الماضية من العدة كما لم يحتسب
في قوله اذا حضت فانت طالق فان تلك الحيضة
غير محتسبة من العدة لانه شرط وقوع الطلاق
واذا لم يقتصر عمل المبطل علي وقت انقضا العدة بل كان
من وقت وقوع الطلاق فكانت المطلقة الرجعية
بمنزلة المبتوتة تعتبر بها حتي لم تزد الرجعة فكما
انه لا يملك اخراج المبتوتة الى السفر فكذلك
لا يملك اخراج المطلقة الرجعية الا ان يشهد علي
رجعتها فيبطل العدة ويتقرر ملك الزوج وقوله
علي ما قدمنا يعني في اول الباب حيث قال
ويستحب ان يشهد علي الرجعة شاهدين وان
لم يشهد صحت الرجعة والطلاق الرجعي لا يحرم الوطي
وقال الشافعي يحرمه لان حل الوطي بالزوجية والزوجية

زائلة

العدة لانها اثر من اثاره فلا تجب مع وجود المنافي
وان كان ملك النكاح باقيا من وجه لا من كل وجه
يعني من حيث ملك النكاح علي هذا كان قوله لا من
وجه ولا من كل وجه متعلقا بقوله ولا بقا وقيل لا من
وجه يعني اذا ملك البعض ولا من كل وجه يعني
اذا ملك الجميع وعلي هذا يتعلق بقوله مع المنافي
وقوله لا عدة هناك يعني في حق مولاها
الذي كان زوجها اي لا يظهر اثر عدتها بدليل حل
وطيها واما العدة في نفسها فواجبة حتي انه لو اعتقها
ليس له ان يتزوج باخري قبل انقضا عدتها قال
وان قال لها وهي امة لغيره ومن قال لامراته
وهي امة لغيره انت طالق ثنتين مع عتق مولاك
اياك فاعتقها ملك الزوج الرجعة لانه علق التطليق
بالاعتاق او العتق وهذا الكلام يحتاج الى بيان
انه تعليق مع عدم شي من اداته وانه تعليق
بالاعتاق او العتق اما انه تعليق فلما
بينه المصنف بقوله والشرط ما يكون معدوما علي خطر
الوجود والحكم يتعلق به والمذكور يعني قوله مع عتق
مولاك اياك بهذه الصفة لان الاعتاق من
المولي امر متردد بين الوجود والعدم والحكم وهو
الطلاق يتعلق به فكان العتق شرطا ووقوع الطلاق
مشروطا واما انه تعليق التطليق فلان تصرف المرء
انما ينفذ فيما يملكه وهو التطليق دون الطلاق لكونه
من شرعيا لينبه داخلا تحت قدرته واشار الى ذلك
بقوله والمعلق به التطليق لان في التعليقات يصير التصرف

فطلقها عند الشرط عندنا بناء على ان الشرط عندنا يمنع
علية العلة الى زمان وجوده كما عرف في الاصول واما
ان تعليق التطليق بالاعتاق او العتق [illegible]
او اللفظ ينتظمهما اي يتناولهما على سبيل البدل [illegible]
فعلى طريق الاستعارة لما ان العتق لازم [illegible]
القريب الا بالاعتاق كان من باب ذكر الحكم وارادة
علته واما العتق فعلى حقيقته وهو الملزوم
فيثبت انه علق التطليق بالاعتاق او العتق واذا
كان التطليق معلقا بالاعتاق او العتق يوجد
لانه الجزاء بعد الشرط [illegible] يوجد بعد العتق
بعدية ذاتية لكونه حكمه [illegible] الطلاق متاخرا
عن العتق فيصادفها وهي حرة فلم تحرم بالثنتين حرمة
غليظة بقي عليه شيء وهو ان حكمه مع للمقارنة [illegible] ان مع
العتق يستلزمها عليه بدليل ما ذكرنا من معنى مع
الشرط مقرونة بتصحيح الكلام [illegible] عن ذكر [illegible]
احدهما ان قوله مع عتق مولاك اياك لا يصح الا بمعنى
الاعتاق كما وجه السنة [illegible] التردد [illegible] والثاني
انه على ذلك التقدير يجب ان يقع الطلاق [illegible] قبلها
وهي اجنبية انت طالق مع نكاحك لانه يكون بمعنى
ان نكحتك لكن لا يقع والجواب عن الاول النظر
وجه النظر الى لفظ العتق ليتبين انه [illegible] اذا قال
لها انت طالق مع عتقك [illegible] عدم اختلاف الحكم بينه
وبين العتق المذكور في الكتاب وعن الثاني
بان العدول عن معنى القران الذي هو حقيقة مع انها
كان مقرونة مبانة كلام من جملة [illegible] في ذلك

تنجيزا

تنجيزا [illegible] مطلقا وفيما ذكرتم لم يثبت كذلك فلانه
لا [illegible] تنجيز ولا التعليق الا بالنكاح بتصريح الشرط
ولا دليل [illegible] بانه كلام القادر [illegible] صيانة كلام
[illegible] كذا وكذا قال اذا جاء غد فانت طالق
ثنتين [illegible] المولى اذا جاء غد فانت حرة فجاء الغد
حرمت حرمة غليظة لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره
[illegible] لان [illegible] عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد رحمهما الله يملك الزوجة كما في المسئلة
المتقدمة واعلم ان دليل محمد على ما ذكر في الكتاب
ليس بصحيح ولا يتم الا بالاضافة وانا اذكره
بتوضيح [illegible] قال لان الزوج قرن الايقاع
باعتاق المولى معنى [illegible] على جهة التعليق
حيث علقه بالشرط الذي علق به [illegible] مقترن
ذلك الشرط وهي مجيء الغد [illegible] بالشرط انما
ينعقد سببا [illegible] فكانا مقترنين في السببية
فكذلك في الحكم [illegible] العتق يقارن الاعتاق لانه علته
والحكم لا يتاخر عن العلة زمانا عند المحققين سواء
كانت العلة شرعية او عقلية اصله الاستطاعة مع
الفعل كما عرف فيكون التطليق مقارنا للعتق لان
التطليق مقارن للاعتاق على ما ذكرنا والاعتاق
مقارن للعتق لما ذكرنا انه علته لا يتاخر عنها فالتطليق
[illegible] العتق وهذا غلط صحيح وقوله فيطلقها
بعد العتق فاسد لان الطلاق حكم التطليق لا يتاخر عنه
والتطليق يقارن الاعتاق والاعتاق يقارن العتق
فالطلاق يقارن العتق لان المقارن للمقارن للشيء مقارن

Copyright © King Saud University

اذ لكنا لشي فكيف يقع بعد واذا كان المعلقتان والمعلوق
معا فلما ان الاعتاق صادفها وهي امة فكذلك
التطليق والطلقتان يحرمان الامة حرمة غليظة وهي
من هذا اجمع ما ذكره وقد ذكر ... قوله
انت حرة او حر من قوله انت طالق ثنتين ... لان
الاعتاق او التطليق يوجدان بهذين اللفظين في
زمان واحد فيتقدم اوجزهما في الوجود وفي قوله
انت حرة فيصادفها التطليقتان وهي حرة فيملك الرجعة
عليها وهذا قريب الا ان قوله في زمان واحد
ينافي قوله فيتقدم اوجزهما **فصل**
في تشبيه الطلاق ووصفه ذكر وصفه ...
ذكر اصله وتنويعه في فصل على حدة للتوضيح و
تابعا ومن قال لامرأته انت طالق هكذا يشير
بالابهام والسبابة والوسطى فهي ثلاث لان
الاشارة بالاصابع يفيد العلم بالعدد في مجرى
العادة اذا اقترنت بالعدد المبهم لما روى عن
ابن عمر قال النبي صلى الله عليه وسلم الشهر هكذا
وهكذا وهكذا وخنس الابهام في الثالثة يعني
ان الشهر يكون تسعة وعشرين يوما ومعنى خنس
قبض قال اشار بواحدة فهي واحدة وان
اشار بثنتين فهي ثنتان وقد طعن بعض الجهال
على محمد في قوله بالسبابة بانه اسم جاهلي والاسم
الشرعي المسبحة واجيب بانه خالف الحديث
السبابة روى عمرو بن شعيب عن ابيه عن
جده ان رجلا اتى النبي صلى الله عليه وسلم

فقال

فقال كيف الطهور فدعا رسول الله عليه السلام بماء فتوضأ
فما ادخل اصبعيه السباحتين اذنيه ومسح بابهاميه
ظاهر ... السباحتين باطن اذنيه رواه ابو
داود ... قوله لما قلنا اشارة الى قوله
لان الاشارة بالاصابع يفيد العلم بالعدد في مجرى
العادة اذا اقترنت بالعدد وقوله والاشارة
... بالمنشورة منها ظاهر وقوله ولنا انه
وصفه اي وصف الطلاق بما يحتمله لان البينونة
قبل الدخول وبعد العدة تحصل به وكم يكون من
... فيكون هذا الوصف لتعيين احد
... اعترض عليه بانه لو كان محتملا لما جاز
تعيينها ... يقع بقوله انت طالق واحدة بائنة اذا نوى
ونيته كذلك واجيب بان النية انما تعمل اذا لم يكن
مغيرة للمشروع ونية البائن من قوله انت طالق تغير
المشروع لان الطلاق شرع معقبا للرجعة ورد بانه
تسليم لدليل الخصم ويحوج الى الفرق بين عدم جواز كون
النية مغيرة وجواز كون الوصف مغيرا للمشروع واجيب
بان الفرق بينهما بان الوصف الملفوظ اقوى في اعتبار
الشرع من النية بدليل انه لو قال انت طالق ونوى
ولم يتقدم له تطليق اعتبر الشرع ذلك طلاقا و...
... وهو عدم اعتبار الكذب ولو نوى طلاقا ونوى
ولم يتلفظ بلفظ لم يعتبر طلاقا فالكلام يغير المشروع و
وهو مشروعية الوقوع بالفاظ الطلاق وقوله
ومسئلة الرجعة ممنوعة اي لا نسلم انه لا يقع ...
بل يقع واحدة بائنة ولئن سلم فالفرق ان في قوله

Copyright © King Saud University

ان الرجعة تنقطع بما يعني المنتهى وقوعا متصلة و
بالبينونة ولم ينف الرجعة صريحا لكن يلزم منها نفي
الرجعة ضمنا وكم من شي يثبت ضمنا وان لم يثبت قصدا
كذا افاده شيخي العلامة وقوله فيقع
واحدة بائنة يعني فيما اذا قال انت طالق بائن
اذا لم يكن له نية او نوى الثنتين اما اذا نوى الثلاث
لما مر من قبل اي في باب ايقاع الطلاق في قوله ونحن
نقول نية الثلاث انما صحت لكونها جنسا وقوله
تطليقتان بائنتان يعني عندنا وقياس قول الشافعي
تطليقتان رجعيتان قوله لان هذا الوصف
يعني قوله بائن او البتة يصلح لابتداء الايقاع بان
كان يقول انت بائن او انت البتة وينوي به الطلاق
فكذا اذا نوى به تطليقة اخرى وتكون ضرورة بعد خبر فكان
كقوله انت طالق انت طالق بائن فكان ينبغي ان يكون
احدهما رجعيا عملا بقوله انت طالق الا انا جعلناه
بائنا لعدم الامكان لان الثاني يكون بائنا لا محالة عند
فيكون الاول كذلك ضرورة اذ لا يتصور بقاء الاول
رجعيا اذا صار الثاني بائنا وهذا يشير الى ان الاول
يقع رجعيا ابتداء فينقلب بائنا بوقوع الثاني بائنا
لعدم تصور بقائه رجعيا وهذا صحيح ظاهر ومن
الناس من ذهب الى ان الاول يقع رجعيا فان اراد
ما ذكرناه فلا كلام فيه وان اراد بقاءه رجعيا فليس
بصحيح وقوله وكذا اذا قال انت طالق و
افحش الطلاق معطوف على قوله انت طالق بائن و
في الاحكام الاربعة وهي قوله فيقع واحدة بائنة

اذا

٢٩٩

بعبد الرحمن بن عوف ولا يجوز تزوج الوثنيات لقوله
تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن وهو بعمومه
يتناول الوثنية وهي من تعبد الصنم وغيرها
واعترض بان اهل الكتاب مشركون قال الله تعالى
وقالت اليهود عزير ابن الله وقالت النصارى
المسيح ابن الله الى قوله سبحانه الى قوله سبحانه
عما يشركون وقد ذكر في التيسير والكشاف ان اسم اهل
الشرك يقع على اهل الكتاب مشركون قال الله تعالى
وقالت اليهود عزير ابن الله وقالت النصارى
المسيح ابن الله الى قوله سبحانه عما يشركون وقد
ذكر في التيسير والكشاف ان اسم اهل الشرك يقع
على اهل الكتاب فيكونون داخلين تحت المشركين وذلك
يقتضي عدم جواز نكاح الكتابية وقد بين المصنف
جوازه مستدلا بقوله والمحصنات من الذين
اوتوا الكتاب والجواب ان الله تعالى عطف
المشركين على اهل الكتاب في قوله ولتسمعن من الذين
اوتوا الكتاب من قبلكم ومن الذين اشركوا اذى كثيرا
وفي قوله لم يكن الذين كفروا من اهل الكتاب والمشركين
والمعطوف غير المعطوف عليه لا محالة وقوله
عما يشركون استعارة تصريحية تبعية وذلك لانه
شبه اتخاذهم الاحبار والرهبان اربابا باشراك
المشركين وسرى ذلك اربابا عين الشرك لا مشبه به
قلت فيه الاستعارة التصريحية فانهم لم يجعلوهم
اربابا حقيقة وانما كانوا يعظمونها تعظيم الارباب فان
قلت فما تقول في تاويل ابن عمر لقوله والمحصنات

Copyright © King Saud University

من المومنات باللاتي اسلمن من اهل الكتاب قلت ليسنا
ناخذ به لقرابه او ذلك عن الفايدة فان غير الكتابة
ايضا اذا اسلمت حل نكاحها وقد جا عن حذيفة انه
تزوج يهودية وكذا عن كعب بن مالك قال ويجوز
تزويج الصابيات ان كانوا يومنون بنبي الصابيا
من صبا اذا خرج من الدين وهم قوم عدلوا عن دين
اليهودية والنصرانية وعبدوا الكواكب وذكر في م
الصحاح انهم جنس من اهل الكتاب والتفصيل هو
المذكور في حكمهم مبني على هذين التفسيرين وقوله
والخلاف المنقول فيه يبني عن ابي حنيفة وصاحبيه
ان الكحتهم صحيحة عنده خلافا لهما يحمول على اشباه
مذهبهم فكل اجاب بما وقع عنده وقع
عند ابي حنيفة انهم من اهل الكتاب يقرون الزبور
ولا يعبدون الكواكب لكنهم يعظمونها كتعظيمنا نو
القبلة في الاستقبال اليه ووقع عندهما انهم يعبدون
الكواكب ولا كتاب لهم فصاروا كعبدة الاوثان فاذا
لا خلاف بينهم في الحقيقة لانهم ان كانوا كما قال
له ابو حنيفة جاز مناكحتهم عندهما ايضا وان كانوا
كما قالا فلا يجوز مناكحتهم عنده ايضا وحكم ذبيحتهم
على هذا ويجوز تزويج المحرم والمحرمة في حالة الاحرام
اي قال الشافعي لا يجوز تزويج المحرم وليته على هذا
الخلاف له ما روي عن عثمان ابن عفان قال
قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا ينكح المحرم ولا ينكح
ولا يخطب ولنا ما روي ابن عباس انه صلى الله عليه وسلم
تزوج ميمونة وهو محرم قال ابو عيسى الترمذي
حديث

حديث ابن عباس حسن صحيح فان قلت
النكاح مما يثبت به حرمة المصاهرة فيجب ان لا يجوز
على المحرم قياسا على الوطي اذا كانا متعارضين هو
قلت ما رواه محمول على الوطي اي لا يطاه
ولا يمكن المراد ان يطالما هو قول البعض فكان
القياس بعد ذلك في مقابلة النص وهو فاسد
ويجوز تزويج الامة مسلمة كانت او كتابية
وقال الشافعي لا يجوز ان يتزوج بامة كتابية
لان جواز نكاح الاماء ضروري عنده لما فيه من
تعريض الحر على الرق اذ الولد يتبع الامة في الرق
وما يثبت بالضرورة يتقدر بقدرها والضرورة
تندفع بالمسلمة ولا حاجة الى الكتابية ولهذا
اي الامة ولكونه ضروريا جعل طول الحرة مانعا
منه اي من تزوج الامة لاندفاع الضرورة
بالقدرة على تزوج الحرة وعندنا جواز نكاح الامة
مطلق مسلمة كانت او كتابية لاطلاق المقتضي هو
قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء وقوله
واحل لكم ما وراء ذلكم وانتفا المانع الذي هو ابداه وهو
تعريض الجزء على الرق لان فيه اي في الاقدام على
نكاح الامة امتناعا عن تحصيل الجزء لا ارقاقه لانه
لم يوجد بعد وبعد وجوده فهو موات لا يوصف
بالرق والحرية الا بطريق التبعية والامتناع نو
عنه ليس بمانع شرعا الا ترى ان له ان لا يحصل الاصل نو
بالعزل برضى المراة ويتزوج العجوز العقيم فلان يكون
له ان لا يحصل وصف الحرية بتزوج الامة اولى ولانه

Copyright © King Saud University

يتزوج امة على حرة سواء كان حرا او عبدا وقال الشافعي
يجوز ذلك للعبد وقال مالك يجوز برضى الحرة وجه
الشافعي ان تزوج الامة ممنوع لمعنى في المتزوج
اذا كان حرا وهو تعريض جزئه على الرق مع الغنية
عنه وهو لا يوجد في حق العبد لانه رقيق بجميع
اجزائه وجه قول مالك ان المنع لحق الحرة فاذا
رضيت فقد اسقطت حقها ولنا ما ذكره محمد بن
حسن في مبسوطه بلغنا عن رسول الله صلى الله
عليه وسلم انه قال لا ينكح الامة على الحرة وهو
باطلاقه حجة عليهما لان الراي في مقابلة النص
غير معتبر فان قلت جوزتم نكاح الامة
مسلمة كانت او كتابية باطلاق المقتضي على ما تلوتم
فهلا جوزتم نكاحها على الحرة بذلك قلت
جوزناه هناك لوجود المقتضي وانتفاء المانع و
ههنا وان كان المقتضي موجودا لكن المانع
غير منتف وهو الذي اشار اليه المصنف بقوله
ولان للرق اثرا في تنصيف النعمة على ما نقرر في
الطلاق فيثبت به حل المحلية في حالة الانفراد
دون حالة الانضمام ولا علينا ان نبين ذلك فنقول
وتقريره ان الحل الذي يبتنى عليه عقد النكاح
نعمة في جانب الرجال والنساء جميعا ولهذا يتنصف
ذلك الحل برق الرجل حتى يتزوج العبد ثنتين والحر
اربعا فكذلك يتنصف برق المراة لان الرق هو
المنصف وهو يشملهما ولا يمكن اظهار هذا التنصيف
في جانبها بنقصان العدد لان المراة الواحدة

لا تحل

لا تحل الا لواحد فظهر التنصيف باعتبار الحالة فنعد
ذلك نقول الاحوال ثلاث حال ما قبل نكاح الحرة
وحال ما بعده وحال المقارنة ولكن الحالة الواحدة
لا تحتمل التجزي فيغلب الحرمة على الحل فيجعل محللة
سابقة على الحرة ومحرمة مقترنة بالحرة او متاخرة
عنها وهذا المعنى هو بطلان التنصيف بالرق
الثابت بالدليل القطعي مانع عن العمل باطلاق المقتضي
فتامل فانه غريب ويجوز تزويج الحرة عليها لقوله
عليه السلام وينكح الحرة على الامة ولانها من
المحللات في جميع الحالات لعدم المنصف في حقها
فيعمل باطلاق المقتضي عند انتفاء المانع فان
تزوج امة على حرة في عدة من طلاق باين او
ثلاث لم يجز عند ابي حنيفة ويجوز عندهما ووجه
الجانبين على ما ذكر في الكتاب ظاهر ولابد لهما من
فرق بين هذه المسألة وبين ما اذا تزوج امراة
في عدة اختها من طلاق باين فانهما لم يجوزاه كان هو
ح وقالوا في الفرق لهما ان المحرم هناك الجمع فاذا تزوجها
في عدة اختها صار جامعا بينهما في حقوق النكاح فلا
يجوز واما هذا المنع فليس لاجل الجمع فانه لو تزوج
الامة ثم الحرة صح نكاحهما ولكنه باعتبار ادخال
ناقصة الحال على كاملة الحال وهذا لا يوجد بعد
البينونة ولقائل ان يقول نكاح الاولى قائم
ما دامت في العدة اولا فان الاول ورد عليهما
هذه المسألة وان كان الثاني فيشكل المسألة
وقد نقل في النهاية عن المبسوط والاسرار فرقا

احرا منعه من هذا فلا حاجة الى ذكره قال
وللحران يتزوج اربعا من الحراير والاما وللحران يتزوج
اربعا من الحراير والاما او منهما اذا اقدم الامه على الحرة
ولا يجوز اكثر من ذلك قال الله تعالى فانكحوا ما طاب
لكم من النسا مثنى وثلاث ورباع نص على العدد واستغنى
على العدد يمنع الزيادة عليه وفيه بحث لان هذا
معدول وهو وصف وبهذا منع عن الصرف للعدل
والوصف فكان من باب تخصيص الشي بالذكر وذلك
لا يدل على نفي الحكم عما عداه فيثبت الزيادة بقوله
تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم سلمنا انه عدد ولكن لا نسلم
ان التنصيص عليه يمنع الزيادة عليه لانه عليه
السلام قال انما يغسل الثوب من بول وغايط
ومني ودم بالاتفاق يغسل من الخمر ايضا مع انه
عليه السلام نص على العدد مع كلمة الحصر والجواب
عن الاول انه يحسب الاصل من الاعداد وان
استعمل وصفا وعن الثاني بان معناه انما يغسل
الثوب من جنس مما يخرج من بدن الادمي لان
هذا الحديث خرج جوابا لسؤال من سال عن
النجاسة وهو مخصص على هذا العدد فان قيل
سلمناه لكن مقتضاه التسع او ثمانية عشر لما
ان الواو للجمع اجيب بان هذا الوهم هذا الذي
اوقع الرافضة لعنهم الله في التسوية بينهم وبين
افضل الموجودات مع اختصاصه بذلك تفضيلا
للنبوة او ازديادهم عليه فان منهم من ذهب
الى جواز التسع ومنهم من ذهب الى جواز ثمانية

عشر

عشر نظرا الى معنى المعدول وحرف الجمع
ولكن ليس الامر على ما توهموا لان المراد بمثل
هذا الكلام احد هذه الاعداد قال الفرا الاوجه
لحمل هذا على الجمع لان العبارة عن التسع بهذا اللفظ
من العي في الكلام والكلام المجيد منزه عن ذلك
وقد صح ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
فرق بين غيلان الديلمي وبين ما زاد على
الاربع من النسوة حين اسلم وتحته عشر نسوة
ولم ينقل عن احد في حياة النبي صلى الله عليه السلام
ولا بعده الى يومنا هذا انه جمع بين اكثر من اربع
نسوة نكاحا وقال الشافعي لا يتزوج امة الا واحدة
لانه اي نكاح الامة ضروري في حق الحر عنده
كما تقدم والضرورة تندفع بالواحدة والحجة
على ما تلونا يعني قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النسا
فان اسم النسا ينتظم الامة المنكوحة كما في الظهار
فان الاية مذكورة بلفظ النسا ويتناول الامة
المنكوحة ولا يجوز للعبد ان يتزوج اكثر من ثنتين
وقال مالك يجوز لانه في حق النكاح بمنزلة الحر
عنده لانه يملك اصل ملك النكاح بالاجماع ولو لم
يكن بمنزلة الحر في حق النكاح لما ملكه كما انه لا يملك
المال ولهذا قال جاز له ان يتزوج بغير اذن مولاه
لان له ان يطلق بغير اذنه ولنا ان الرق منصف
على ما سيجي في الطلاق كما وعده المص فيتزوج
العبد اثنتين والحر اربعا اظهارا لشرف الحرية
ويملكه اصل النكاح لا يمنع التنصيف بالرق كالامة

Copyright © King Saud University

المنكوحة فانما يملك طلب القسم وينتصف قسمتها
وقوله فان طلق الحر ظاهر قال فان تزوج حبلى
من الزنا الحامل اذا تزوجت فاما ان يكون الحمل ثابت
النسب اولا فان كان الاول فالنكاح باطل في قولهم
جميعا وان كان الثاني قال ابو حنيفة ومحمد جاز
النكاح ولا يطاها حتى تضع حملها وقال ابو يوسف
النكاح فاسد لان الامتناع في الاصل اي في الحمل
الثابت بالنسب انما كان لحرمة الحمل وهذا الحمل
محترم لانه لا جناية منه ولهذا لم يجز اسقاطه
والجواب انه قاس حمل الزنا على حمل الثابت
بالنسب بعلة حرمة الحمل ولهما انها من المحللات
بالنص وهو قوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم
وكل من كانت كذلك جاز نكاحها فان قلت
ما بال الحمل الثابت بالنسب لم يدخل تحت هذا
النص قلت لمكان قوله تعالى ولا تعزموا
عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب اجله
فان قيل لو كانت من المحللات لحل وطيها
بعد ورود العقد عليها اجاب بقوله
وحرمة الوطي كيلا يسقي ماءه زرع غيره وحرمة
الوطي لعارض بحمل الزوال لا يستلزم فساد النكاح
كما في حالة الحيض والنفاس وقوله والامتناع
في باب النسب جواب عن قياس ابي يوسف وتقريره
لا نسلم ان فساد النكاح لحرمة الحمل بل انما هو لحق صاحب
الماء ولا حرمة لماء الزاني وقوله فان تزوج
حاملا من السبي الحربية حاملا فهي السابي ان

يتزوجها

٣٠٣

ذميا والمراد من وضع الخراج فهو ذمي تفريع
من محمد بشرط الوضع اي بانه وضع الخراج عليه
شرط في جعله ذميا والمراد من وضع الخراج هو
التزام خراج ارضه بمباشرة سببه وهو الزراعة
او تعطيلها عنها مع التمكن ودلت المسئلة على
انه لا يصير ذميا بمجرد الشراء ومن المشايخ
من قال يصير ذميا بنفس الشراء لانه لما اشترى
ارض خراج وحكم الشرع فيها بوجوب الخراج صار
ملتزما حكما من احكام الاسلام كذا ذكره قاضي
خان وليس بصحيح لما اشار اليه المصنف من قوله لانه
يشتريها للتجارة وقوله فيعتبر عليه
اي على انه لو وضع شرط احكام جمة فلا يغفل
اي عن شرط الوضع وهي المنع من الخروج
الى دار الحرب وجريان القصاص بينه وبين
المسلم ووجوب الضمان في اتلاف خمره وخنزيره
ووجوب الدية بقتله خطأ وهذه الاحكام
انما تثبت بعد كونه ذميا لا قبله وبوضع الخراج
يصير ذميا فلذلك يجب ان لا يغفل عن شرط
الوضع وقوله واذا دخلت حربية
بامان ظاهر ولذلك علته ولذلك قوله واذا
دخل حربي دارنا بامان حلال قوله لان يد
المودع كيده معنوية اذا اسلم الحربي في دار الاسلام
وله وديعة عند مسلم في دار الحرب ثم ظهر على
الدار فانها تكون فيئا فلم تكن يد المودع كيد المودع
واجيب بان يد المودع كيد المودع اذا انعقد

Copyright © King Saud University

عصمة الابداع في صورة النقض ليس كذلك لان دار
الحرب ليست دار عصمة قال وما اوجف
المسلمون عليه يقال وجف الفرس والبعير وجفا
ووجيفا واوجفه صاحبه ايجافا وقوله
وما اوجف المسلمون عليه اي اعلموا خيلهم وركابهم
والجلا بالفتح والمد الخروج عن الوطن والاجلا
يقال جلا السلطان القوم عن اوطانهم واجلاهم
فجلوا اي اخرجهم فخرجوا كلاهما يتعدى ولا يتعدى
وقوله والجزية بالجر عطف على قوله
الاراضي اي هو مثل الاراضي التي اجلوا عنها اهلها
ومثل الجزية وقوله وقال الشافعي
فيهما اي في الاراضي التي اجلوا اهلها عنها وفي الجزية
وفي بعض النسخ فيها اي في الاراضي والجزية
والخراج وقوله ولانه اي ولان ما اوجف
المسلمون عليه من المال وقوله
من غير قتال يعني بل بوقوع الرعب في قلوب
الكفار من قوة المسلمين بخلاف الغنيمة لانه اي
اي الغنيمة بتاويل المغنوم مملوك بسببين
وهو مباشرة الغانمين وقوة المسلمين فاستحق
الخمس بمعنى وهو الرعب واستحق الغانمون
الباقي بمعنى وهو مباشرة الغانمين القتال وفي
هذا اي فيما اوجف المسلمون السبب واحد
وهو ما ذكرناه يعني قوله انه مال ماخوذ بقوة
المسلمين فلا معنى لايجاب الخمس وقوله
لما قلنا من قبل اي في باب الغنائم وقسمتها به

وهو

وهو قوله وزوجته فيء لانها كافرة حربية الى آخره
وقوله واما اولاده الصغار فظاهر
وقوله ومن كان من مال اودعه
مسلما او ذميا انما قيد بالايداع لانه اذا كان
غصبا في ايديهما يكون فيئا لعدم النيابة وقوله
لما قلنا اشارة الى قوله حربيون كبار وليسوا
باتباع واذا اسلم الحربي في دار الحرب فقتله
مسلم عمدا او خطأ وله ورثة مسلمون هناك
فلا شيء عليه الا الكفارة في الخطأ وقال الشافعي
تجب الدية في الخطأ والقصاص في العمد لانه اراق
دما معصوما لوجود العاصم وهو الاسلام لكونه
مستجلبا للكرامة وتحقيقه ان العصمة تثبت
نعمة وكرامة فيتعلق بما له اثر في استحقاق الكرامة
وهو الاسلام اذ به تحصل السعادة الابدية
لا بالدار التي هي جماد لا اثر لها في استحقاق
الكرامة ومن اراق دما معصوما ان كان خطأ
ففيه الدية والكفارة وان كان عمدا ففيه القصاص
كما لو فعل ذلك في دار الاسلام وهذا اي وجوب
الدية في الخطأ والقصاص في العمد انما كان مبنيا على
وجود تمام الذي هو الاسلام لان العصمة اصلها
المؤثمة لحصول اصل الزجر بها فان من علم انه يأثم
بقتل ينزجر عنه نظرا الى [illegible] على المثل
عن الاعتداء وهي ثابتة فيما نحن فيه اجماعا
فانه لا قائل بعدم الاثم على من قتل مسلما في اي
موضع كان والعصمة المقومة كمال فيه اي في اصل العصمة

Copyright © King Saud University

لانه اذا وجب الاثم والمال كان ذلك اكمل واتم
في المنع من الذي وجب فيه الاثم دون المال
فكانت العصمة المقومة مضافا ايضا على العصمة
التي هي المؤثمة فيتعلق بما يتعلق به الاصل وهو
العصمة المؤثمة والعصمة المؤثمة تتعلق بالاسلام
فالعصمة المقومة كذلك فتجب الدية والكفارة
في قتل الحربي الذي اسلم في دار الحرب ولم يهاجر
الينا ولنا قوله تعالى فان كان من قوم عدو لكم
وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة وكان ابو حنيفة
ياوله هذه الاية بالذين اسلموا في دار الحرب ولم يهاجروا
وهو المنقول عن بعض ائمة التفسير ايضا ووجه
الاستدلال بالاية ان الله تعالى ميز بين المؤمن
وبين الذي هو من قوم عدو لنا في حق الحكم
المختص بالقتل فجعل الحكم في الاول الدية والكفارة
بقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة
الى اهله وفي الثاني الكفارة دون الدية وذلك
من وجهين احدهما انه ذكر بحرف الفاء وانه للجزاء
والجزاء اسم لما يكون كافيا فاذا كان كافيا كان هو
الموجب كله والثاني انه كل المذكور حيث
لم يذكر غيره وذلك يقتضي انتفاء غيره لان قصد
الشارع في مثله اخراج العبد عن عهدة الحكم المتعلق
بالحادثة ولا يتحقق ذلك الا ببيان كل الحكم بلا اخلال
فلو كان غيره من تتمة هذا الحكم لذكره في موضع
البيان وقوله ولان العصمة المؤثمة بالادمية
دليل معقول على عدم العصمة المقومة الموجبة

للدية

قيمته واذا كان من ذوات القيم كان بمنزلة العروض
فيتمكن الجهالة كما في العروض واذا لم يصح الشركة
فحكم الخلط قد بيناه في كتاب القضاء في قضاء
الصغير واما في هذا الكتاب فقد بينته في كتاب
الوديعة والدليل على ان مراده قضاء الجامع
الصغير قوله قد بيناه بلفظ الماضي ولو كان
مراده كتاب القضاء من هذا الكتاب لقال
سنبينه والذي بينه ههنا في كتاب الوديعة
ان الحنطة اذا كانت وديعة عند رجل
فخلطها الرجل بشعير نفسه ينقطع حق المالك
الى الضمان قال واذا اراد الشركة لما كان
جواز عقد الشركة مختصا في الدراهم والدنانير
والفلوس النافقة وفي ذلك تضييق على
الناس ذكر الحيلة في تجويز العقد بالعروض
توسعة على الناس فقال واذا اراد الشركة
بالعروض باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف
مال الاخر ثم عقد الشركة لانه اذا باع كل واحد
منهما نصف ماله بنصف مال الاخر صار نصف
مال كل واحد منهما مضمونا على الاخر بالثمن
فكان الربح ايضا ربح مال مضمون فيكون
العقد صحيحا قال المص وهذه شركة ملك ثم
لما بان ان العروض لا يصلح راس مال الشركة
واستشكل الشارحون بانه لو كان المراد بالشركة
شركة الملك لم يحتج الى قوله ثم عقد الشركة ثم
وبان العروض لا يصلح راس مال الشركة اذا لم يبيع

Copyright © King Saud University

احدهما نصف عرضه بنصف عرض الاخر ما اذا باع
فهو الحيلة في جوازه ثم اجاب بعضهم بان
معنى قوله ثم عقد الشركة شركة ملك حتى يصح
قوله وهذه شركة ملك وهو بعيد لان غرض
القدوري بيان الحيلة في جواز عقد الشركة
بالعروض وقال اخرون معناه انها شركة ملك
وان عقد الشركة لان هذا العقد كلا عقد لكون
راس المال عرضا ونظم كلام المصنف لا يساعده
وانا اذكر لك ما ذكره شيخ شيخي العلامة عبد العزيز
في هذا المقام من غير زيادة ولا نقصان لانه
حل مفيد في هذا المقام قال عدم جواز الشركة
بالعروض مبني على معنيين احدهما ربح ما لم يضمن
كما بينا والثاني جهالة راس المال فاذا باع احدهما
نصف عرضه بنصف عرض الاخر ثم عقد الشركة
قال القدوري يجوز واختاره شيخ الاسلام
وصاحب الذخيرة وصاحب شرح الطحاوي
والمزني من اصحاب الشافعي لان راس المال
صار معلوما وصار نصف مال كل منهما بالبيع مضمونا
على صاحبه بالثمن فكان الربح الحاصل من مالهما
ربح مال مضمون عليهما فيجوز ولهذا لو باع
احدهما عرضه بنصف دراهم صاحبه ثم عقدا
شركة عنان او مفاوضة يجوز لزوال الجهالة
لكون العروض مشتركة بينهما فكذا هذا وقيل
على قياس قول محمد يجوز كما في المكيل والموزون
بعد الخلط وعلى قياس قول ابي يوسف لا يجوز الا

ان

ان يكون مضافا الى المستقبل وعقد الشركة يحتمل
الاضافة لانه عقد توكيل فعلى هذا يكون
العقد على الدراهم واختار شمس الائمة وصاحب
الهداية انه لا يجوز عقد الشركة بالاتفاق وهو
اقرب الى الفقه لبقاء جهالة راس المال والربح
عند القسمة بخلاف المكيل والموزون بعد
الخلط عند محمد لزوال الجهالة اصلا لانهما
من ذوات الامثال وبخلاف ما اذا باع نصف
عرضه بنصف دراهم صاحبه ثم اشتركا لان الدراهم
بهذا العقد صارت نصفين بينهما فيكون ذلك
راس مالهما ثم يثبت حكم الشركة في العروض تبعا
وقد يدخل في العقد تبعا ما لا يجوز ايراد العقد
عليه كبيع الشرب تبعا للارض ثم المصنف اختار عدم
الجواز وعدل عما ذكره القدوري حيث قال وهذه
شركة ملك عندي لا ما ذكره القدوري
انه شركة عقد ولا اعتبار بهذا العقد بعد البيع
لما بينا ان العروض لا يصلح راس مال الشركة
ونظيره ما ذكره القدوري ويستحب للمتوضي
ان ينوي الطهارة ثم عدل المصنف بقوله فالنية
في الوضوء سنة وله في هذا الكتاب نظائر
وقوله يبيع صاحب الاقل بقدر ما يثبت
به الشركة نظيره ما اذا كانت قيمة عروض احدهما
اربعمائة درهم مثلا وقيمة عروض الاخر مائة
درهم يبيع صاحب الاقل اربعة اخماس عرضه
بخمس عرض الاخر فيصير المتاع كله اخماسا ويكون

Copyright © King Saud University

فالربح بينهما على قدر راس مالهما قال واما شركة
الصنائع هذا عطف على قوله في اول الكتاب الشركة
واما شركة المفاوضة والعنان ماخوذ من عنان
سمي به لانه سوى عرضا في هذا القدر لا على العموم
على الوكالة والكفالة وقيل انه ماخوذ من
عنان الفرس لان الفارس يمسك العنان
باحدى يديه ويتصرف بالاخرى فكذلك في
الشريك ههنا شارك في بعض ماله وانفرد بالباقي
وكلامه ظاهر وقوله كما بينا اشارة
الى قوله من قبل وشرطه ان يكون التصرف المعقود
عليه عقد الشركة قابلا للوكالة ليكون ما
يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما فيتحقق حكمه
المطلوب منه ويصح ان يتساويا في المال ويتفاضلا
في الربح وجملة القول في ذلك انهما ان شرط
العمل عليهما وشرطا التفاوت في الربح مع التساوي
في راس المال جاز عند علمائنا الثلاثة ويكون
الربح بينهما على ما شرطا وان عمل احدهما دون الاخر
واما اذا شرطا العمل على احدهما فان شرطا الربح بينهما
على قدر راس مالهما جاز ويكون مال الذي لا
يعمل عليه فيها بضاعة عند العامل له ربحه
وعليه وضيعته وان شرطا الربح للدافع اكثر من
راس ماله لا يصح الشرط ويكون مال الدافع عند العامل
بضاعة لكل واحد منهما ربح ماله والوضيعة بينهما
على قدر راس مالهما ابدا وقوله وهو قول

زفر

زفر والشافعي واضح وقوله ولنا قوله
صلى الله عليه وسلم الربح على ما شرط العاقدان
والوضيعة على قدر المال رواه اصحابنا في كتبهم
عن علي بن ابي طالب وقوله من غير فصل
يعني بين التفاضل والتساوي وقوله
كما في المضاربة اعترض عليه بانه اذا اختص هذا
العقد بالمضاربة صار في التقدير كانه اعمل في
مالك وربحه لك واعمل في مالي وربحه بيننا وفي
المضاربة اذا شرط عمل رب المال فيها يبطل
العقد وقد جوزتم هذه الشركة وان شرط عملهما
واجيب بانه ليس هذا العقد مضاربة
من كل وجه على ما سنذكره انه يشبهها من و
وجه وما اشبه الشيء من وجه لا يلزم ان يو
ياخذ حكمه من كل وجه وقوله
بخلاف اشتراط جميع الربح جواب عما يقال اذا لم
شرط جميع الربح لاحدهما لا يجوز فكذا اذا شرط الفضل
والجامع العدول بالربح عن التقسيط على قدر المال
ووجه الجواب ان شرط جميع الربح يخرج
العقد من الشركة والمضاربة الى قرض او
بضاعة لانه ان شرط الجميع للعامل صار قرضا وان
شرط لرب المال صار بضاعة وهذا العقد
لا يجوز ان يخرج عنهما لانه يشبه المضاربة
من حيث انه يعمل في مال الشريك ويشبه الشركة
اي شركة المفاوضة اسما وعملا فانهما يعملان معا
فعملنا بشبه المضاربة وقلنا يصح اشتراط

جميع الربح جواب عما يقال اذا شرط جميع الربح
لاحدهما لا يكون فكذا اذا شرط الفضل والجامع
البدل بالربح عن التقسيط على قدر المال
ووجه الجواب ان شرط جميع الربح يخرج
العقد من الشركة والمضاربة الى قرض او بضاعة
لان بدا ان شرط الجميع للعامل صار قرضا وان شرط
لرب المال صار بضاعة وهذا العقد لا يجوز
ان يخرج عنهما لانه يشبه المضاربة من حيث
انه يعمل في مال الشريك ويشبه الشركة اعني
شركة المفاوضة اسما وعملا فانهما يعملان فيها
فعملنا بشبه المضاربة وقلنا يصح اشتراط الربح
من غير ضمان فان اشتراط زيادة الربح موجود
في المضاربة وهو جائز مع ذلك بالاجماع وعملنا
بشبه الشركة حتى لا يبطل باشتراط العمل عليهما
قال ويجوز ان يعقدها كل واحد الخ
اي يجوز ان يعقد شركة العنان كل واحد منهما
ببعض ماله دون البعض لان المساواة في المال ليست
بشرط فيها اي في هذا العقد اذ اللفظ اي لفظ العنان
لا يقتضيه اي لا يقتضي المساواة بتاويل الاستوا
بخلاف لفظ المفاوضة وقوله للوجه الذي
ذكرناه يعني ما ذكره في اول هذا الفصل انه يودي
الى ربح ما لم يضمن وقوله ويجوز ان يشتركا الخ
ظاهر وقوله فان كان لا يعرف ذلك الا
بقوله يعني اذا لم يعرف انه ادى الثمن من مال
نفسه او من مال الشركة الا بقوله فعليه اقامة

البينة

البينة فان عجز عن ذلك فالقول لصاحبه مع يمينه
وقوله فاذا هلك مال الشركة ظاهر وقو
قيد الوكالة بالمفردة احترازا عن الوكالة
الثابتة في ضمن عقد الرهن فانها فيهما تبطل
ببطلان ما تضمنها من الشركة والرهن لان المتضمن
يبطل ببطلان المتضمن تبعا واما الوكالة لمن وكل
رجلا بشرى عبد ودفع اليه دراهم فهلكت فانها
لا تبطل واما المضاربة فقد قال فخر الاسلام
في شرح الزيادات بخلاف المضاربة والشركة
فانهما يتعينان حتى اذا هلكت قبل التسليم بطلت
المضاربة وهو مخالف لما ذكره المصنف انهما لا يتعينان
فيهما بالتعيين فلعل في المسئلة روايتين وقوله
لانه ما رضي بشركة صاحبه في ماله اي الشريك
الذي لم يهلك ماله رضي بشركة صاحبه الذي
هلك ماله الا على تقدير بقا الشركة في ماله
كما يشترك هو في مال هذا وقوله وايهما
هلك هلك من مال صاحبه ظاهر وقوله
ثم الشركة شركة عقد عند محمد خلافا للحسن بن
زياد فايدته تظهر في جواز بيع الكل فعند محمد
انهما باعا جاز بيعه لان الشركة قد تمت في
المشتري ولا ينتقض بهلاك المال بعد
تمامها كما لو كان الهلاك بعد الشرى بالمالين جميعا
وعند الحسن بن زياد لا ينفذ بيع احدهما الا في
حصته لان شركة العقد قد بطلت بهلاك المال
كما لو هلكت قبل الشرى بالمال الاخر وانما بقي ما هو حكم

Copyright © King Saud University

الشرا وهو الملك فكانت شركتهما في المتاع شركة
ملك وقوله وقد بينا اشارة الى قوله
معناه اذا ادى من مال نفسه فبآخره وقوله
اما اذا هلك احدهما ثم اشترى الاخر وامض
وقوله لما بينا اشارة الى قوله لا تنوم
وكيل من جهته وقوله وانما بالخلط اي الشركة
في الاصل على تاويل الاشتراك وقوله
وهذا اشارة الى قوله لان الربح فرع المال يعني
وانما قلنا ان الربح فرع المال يعني وانما قلنا
ان الربح فرع المال لان المحل اي محل الشركة
هو المال ولهذا يضاف اليه ويقال عقد شركة
المال ويشترط تعيين راس المال وما اعتبر
التعيين الا ليكون الشركة في الثمرة مستندة الى
المال بخلاف المضاربة فانها يصح بدون الخلط
لانها ليست بشركة وانما هو عامل لرب المال
فيستحق الربح عمالة على عمله وقوله
وهذا اصل اشارة الى قوله لان الربح فرع
المال قوله حتى يعتبر اتحاد الجنس
يعني بنا على اصلهما ذلك فانه اذا كان راس مال
احدهما دراهم والاخر دنانير ينعقد الشركة
بينهما مجمعة عندنا خلافا لزفر والشافعي
وكذلك ان كان راس مال احدهما بيضا والاخر
سودا ولا يجوز شركة التقبل اي قول زفر والشافعي
لانعدام المال وانما ان الشركة في الربح مستندة
الى العقد دون المال وكل ما هو مستند اليه فهو

الاصل

٣١٩

الدار يعني وهو متاهل بدليل قوله تخرج ومتاعه
واهله فيها وفيه اشارة الى انه لو لم يكن متاهلا
بل هو ممن يقوله غيره تخرج بنفسه لم يحنث والمتاهل
اذا حلف فاما ان حلف على الدار او المصر او القرية
فان كان الاول فلا بد من نقل اهله ومتاعه
وان كان الثاني يكتفي بنقله الى مصر اخر على
ما روي عن ابي يوسف وان كان الثالث فقد
اختلف المشايخ فيه حملها بعضهم على الدار وبعضهم
على المصر وهو الصحيح والحكم في ذلك العرف ليسه
الايمة اختلفوا في كيفية النقل على ما ذكر في الكتاب
واعترض على قول ابي حنيفة بان سكناه كان
بجميع ما كان معه من الاهل والمتاع فاذا اخرج
بعضه انتفي سكناه لان الكل ينتفي بانتفا البعض
واجيب بان الكل ينتفي بانتفا البعض
بانتفا البعض حقيقي لا اعتباري وما ذكرتم
ليس كذلك وينبغي ان ينتقل الى منزل اخر
بلا تاخير حتى يبر وقال الشافعي اذا لم يمكنه
النقل من ساعته بعذر الليل او بمنع ذي سلطان
او عدم موضع اخر ينتقل اليه لم يحنث لان حالة
الضرورة مستثناة خلافا لزفر وكذا او سد
عليه الباب فلم يقدر على النقلة او كان شريفا او
ضعيفا لا يقدر على نقل المتاع بنفسه ولم يجد
احدا ينقلهما لم يحنث حتى يجد من ينقلها ويلحق
الموجود بالمعدوم للعذر وتوقف بما ذكره الشيخ
الامام ابو بكر بن الفضل ان من قال ان لم اخرج من

Copyright © King Saud University

من هذا المنزل اليوم فامرأته طالق فقيل ومنع
من الخروج يحنث وكذا لو قال لامرأته وهي تريد
والذهاب ان لم تجيئي الليلة منزلي فانت
طالق فمنعها الوالد عن الحضور يحنث واجيب
بان في مسئلة الكتاب شرط الحنث السكنى
وانه فعل وجودي لا يحصل بدون الاختيار
ولا يحصل الاختيار مع وجود الموانع واما في
صورة النقض فشرط الحنث عدم الخروج والعدم
لا يحتاج الى اختيار فان انتقل الى السكة او المسجد
قالوا لا يبر وقيل يبر لانه لم يبق ساكنا دليل
الاول ما ذكرناه في الزيادات ان من خرج
بعياله من مصره فما لم يتخذ وطنا اخر يبقى
وطنه الاول في حق الصلاة هكذا وصورته
كوفي نقل عياله ليتوطن بمكة فلما دخلها توطن
بها بدا له ان يرجع الى خراسان فمر بالكوفة
فانه يصلي بها ركعتين لان وطنه بالكوفة قائم
ما لم يتخذ وطنا اخر فكذا هذا وفي بعض الشروح قوله
قالوا لا يبر معناه اذا لم يكن في طلب مسكن اخر اما
اذا كان ويبقى على ذلك اياما فلا يحنث في
الصحيح وان لم ينتقل الى السكة او المسجد لانه
لا يمكنه طرح الامتعة في السكة فيصير ذلك القدر
مستثنى للضرورة

باب اليمين في الخروج والاتيان والركوب

وعقد لك ذكر الخروج
ههنا ظاهر التناسب لان له مناسبة المضادة
بالدخول واما الاتيان والركوب فمما يتحقق بعد

الخروج

الخروج فاستقصيا ذكر الخروج وقوله
ومن حلف لا يخرج من المسجد ظاهر وكذلك الحكم
في الدار والبيت وقوله ولو اخرجه مكرها
موردنه ان يحمله انسان فيخرجه مكرها لانه
لم يوجد منه الفعل لا حقيقة ولا حكما واما اذا امره
بعده بخروج فامتثل المكره يحنث لوجود الفعل
منه ثم هل ينحل اليمين اذا احمل مكرها قيل ينحل كما لو
حلف لا يدخل دار فلان فهبت به الريح والقته
فيها لم يحنث وينحل اليمين وقيل لا ينحل وهو الصحيح
قوله في الصحيح احترازا عن قول بعض
المشايخ فانهم قالوا انه لما يحنث لما انه كان متمكنا
من الامتناع فلم يمتنع فكم صار كالامر بالاخراج
قوله والمعنى بعد ذلك لم يخرج يعني
ان الخروج عبارة عن الانتقال من الداخل الى
الخارج ولم يوجد قوله ومن حلف لا يخرج
الى مكة هنا ثلاثة الفاظ الخروج والاتيان
والذهاب والاول شرط الحنث فيه الانفصال
بمجاوزة عمران مصره قاصدا اليها دون الوصول
قال الله تعالى ومن يخرج من بيته مهاجرا الى الله
ورسوله واراد به الانفصال والثاني شرطه
الوصول قال الله تعالى فاتيا فرعون فقولا فاذا وصل حنث
سواء كان قاصدا او لم يكن والثالث اختلف فيه
المشايخ قال نصير بن يحيى هو بمنزلة الاتيان
لقوله تعالى اذهبا الى فرعون والمراد به الاتيان
وقال محمد بن سلمة هو بمنزلة الخروج قال الله تعالى

Copyright © King Saud University

انما يريد الله ليذهب عنكم الرجس اهل البيت والاذهاب
الازالة فيكون الذهاب والا فلا يشترط فيه
الوصول قال المصنف وهو الاصح لانه عبارة عن
الزوال ولو حلف ليأتينه غدا ان استطاع فهو
على استطاعة الصحة دون القدرة اعلم ان
الاستطاعة تطلق على معنيين احدهما الصحة والاسباب
والالات قال الله تعالى ولله على الناس حج
البيت من استطاع اليه سبيلا فسره رسول
الله صلى الله عليه وسلم بالزاد والراحلة والثاني
القدرة الحقيقية وهي نوع حدث يترتب عليها
الفعل عند ارادته ارادة جازمة يخلقه الله
تعالى عند الفعل لا قبله عندنا قال الله تعالى
ما كانوا يستطيعون السمع اذا عرفت هذا ففيما
نحن فيه كلامه ينصرف الى الاول لانه المتعارف
وان عنى الثاني وقد عبر عنه باستطاعة
القضاء صدق فيما بينه وبين الله تعالى لانه نوى
اي اراد حقيقة كلامه وقيل يصدق قضاء ايضا
لما بينا انه نوى حقيقة كلامه وقيل لا يصدق فيهما
لانه خلاف الظاهر لما بينا ان الاول هو المتعارف
وفيه تخفيف على نفسه ولو حلف لا تخرج
امرأته الا باذنه احتاج الى الاذن بكل خرجة
حتى لو اذن لها مرة فخرجت بلا اذن حنث لان
المستثنى خروج مقرون بالاذن لان تقديره
والله لا تخرجين الا خروجا ملصقا باذني لان الباء
للالصاق فيقتضي ملصقا وملصقا به فيكون ما وراءه

اي

اي ما وراء المستثنى داخلا تحت الحظر العام ولو نوى
الاذن مرة صدق ديانة لا قضاء لانه محتمل كلامه
لكنه خلاف الظاهر لكونه مخالفا لمقتضى الباء ولو
قال الا ان اذن لك كفى اذن واحد لما ذكر في
الكتاب واعترض عليه بقوله لا تدخلوا بيوت
النبي الا ان يؤذن لكم وكان تكرار الاذن لازما
واجيب بان ذلك دليل خارجي وهو
قوله تعالى ان ذلكم كان يؤذي النبي وتمام
التقرير فيه ذكرناه في الانوار والتقرير ومعنى
قوله لان هذه كلمة غاية كلمة تفيد معنى
الغاية لان الا ان ليس موضوعا لها بل للاستثناء
وتعذر حمله عليه لان صدر الكلام ليس من جنس
الاذن حتى يستثنى الاذن منه فيجعل مجازا
عن حتى لمناسبة بينهما وهو ان حكم ما قبل الغاية
يخالف ما بعدها كما ان حكم ما قبل الاستثناء يخالف
حكم ما بعده قال ولو ارادت المرأة الخروج
صورة المسألة ظاهرة وتسمى هذه اليمين يمين
فور وهو في الاصل مصدر فارت القدر اذا غلت
فاستعير للسرعة ثم سميت به الحالة التي لا ريث
فيها ولا لبث فقيل جاء فلان وخرج فلان من فوره
اي من ساعته وتفرد ابو حنيفة باظهاره اي
باستنباطه وكان الناس قبله يقولون اليمين
نوعين مؤبدة وموقتة لفظا ثم استنبط ابو حنيفة
هذا النوع الثالث وهو المؤبد لفظا والموقت معنى
واخذه من حديث جابر وابنه حين دعيا

Copyright © King Saud University

الى نصره رجل فحلفا ان لا ينصراه ثم نصراه ولم يحنثا
واعتبر في ذلك العرف فان الحالف في العادة لا
يقصد بهذا اللفظ منعها عن الخرجة التي تهيأت
لها لا من الخروج على التابيد فاذا غابت فقد
تركت تلك الخرجة وانتهت اليمين فلا يحنث
بعد ذلك وان خرجت والعرف له اعتبار في باب
الايمان وعلى هذا لو اراد الرجل ضرب عبده
فقال له اخر ان ضربته فعبدي حر يتقيد
بتلك الضربة وعلى هذا اذا قال له رجل اجلس
تغد عندي فقال ان تغديت فعبدي حر وكلامه
ظاهر ولو قال ان تغديت اليوم يحمل مبتدا لانه
زاد على مقدار الجواب فيخرج مخرجه على السوال
الحالي زيادة فان قيل الزيادة لا تغير كونه جوابا
للسوال الا ترى الى قوله تعالى هي عصاي اتوكا
عليها واهش بها على غنمي ولي فيها مارب اخرى
في قوله وما تلك بيمينك يا موسى كيف زاد على
مقدار الجواب وهو ان يقول عصا ولم يخرجه
عن كونه جوابا اجيب بان كلمة ما يستعمل
للسوال عن الذات والسوال عن الصفات
وحيث وقعت في خبر السوال اشتبه على موسى
عليه الصلاة والسلام ان السوال وقع عن
الذات او الصفة فجمع بينهما ليكون مجيبا على
حال قال صاحب النهاية في هذا السوال الوارد
الظهيرية وفيه نظر لان اهل البلاغة قالوا انما
يسال بها عن وصف العقلا والعصا لم تكن عاقلة

سلمناه

سلمناه ولكن الافعال المسندة الى موسى عليه
السلام لا يكون اوصافا ولئن كانت لا تكون اوصافا
للعصا وقول الزيادة على حرف الجواب
لا يصرفه عن كونه جوابا البتة وانما يجعل كلاما
مبتدا اذا كان ثمة معرف يمكن حمله عليه اعمالا
للزيادة كما في المسئلة وليس في الاية ذلك
فلم يصرف عن كونه جوابا يلوح الى هذا قوله
يجعل مبتدا قوله ومن حلف لا يركب
دابة فلان الدابة في اللغة كل ما يدب على
الارض من الحيوانات اي يتحرك منتسبا على
وجه الارض قال الله تعالى وما من دابة
في الارض الا على الله رزقها وتعلقه الركوب
بها تقتضي ما يركب منها مرادا كالفرس والبغل
والبعير والحمار والبقر والجاموس والفيل
في القياس واستحسن العلما في عقد اليمين
على ما يركب في غالب البلدان وهو الخيل والبغال
والحمير اخذا من قوله تعالى والخيل والبغال
والحمير لتركبوها ذكر منه الركوب في هذه الانواع
الثلاثة فاما في الانعام فقد ذكر منفعة الاكل
بقوله تعالى والانعام خلقها لكم الاية وبالعرف
فانه اذا قيل ركب فلان دابة لم يفهم منه احد انه
ركب البقر والفيل وان كان يركبه في بلاد
الهند الا اذا نوى جميع ذلك فيكون على ما نوى
لانه نوى حقيقة كلامه وفيه تشديد عليه واذا
عرف هذا فمن حلف لا يركب دابة فلان فركب دابة

Copyright © King Saud University

عبد ما ذون له مديون لم يحنث عند ابي حنيفة
هذا اذا لم ينو فاما اذا نوى ركوب دابة العبد
فيحنث الدابة اذا كان عليه دين مستغرق لا يحنث
وان نوى لانه لا ملك للمولى فيه عنده اي فيما
ملكه العبد المديون عند ابي حنيفة حتى لو
اعتق عبد عبده لا يعتق ويلمح مما ذكرنا المستثنى
منه في قوله الدابة اذا كان عليه دين وهو
المقدر الذي اظهرناه وان كان الدين غير مستغرق
او لم يكن عليه دين لا يحنث ما لم ينوه لان الملك
فيه للمولى لكنه يضاف الى العبد عرفا حيث يقال
دابة عبد فلان ولم يقل فلان وشرعا قال
صلى الله عليه وسلم من باع عبدا وله مال فماله
للبائع فيختل الاضافة الى المولى فلا بد من النية
وقال ابو يوسف يحنث في الوجوه كلها وهي
ثلاثة وهي ما اذا لم يكن عليه دين او كان عليه
دين غير مستغرق او دين مستغرق اذا نوى
ووجه ذلك ان دين العبد وان كان لا يمنع
وقوع الملك للمولى عنده الا انه يضاف الى السيد
الى العبد فيختل الاضافة الى المولى فلا يدخل تحت
مطلق الاضافة الا بالنية وقال محمد يحنث
في الوجوه كلها وان لم ينوه لاعتبار حقيقة الملك
للسيد اذ الدين لا يمنع وقوعه للسيد عنده

اليمين في الاكل والشرب

قدم ذكر
ان اوله ما يحتاج اليه الانسان المسكن ثم الاكل
والشرب وهذا الباب لبيان اليمين عليهما والله اعلم

ان

ان ما يصل الى جوف الانسان لا يخلو عن اربعة
اوجه ماكول ومشروب وممصوص وملفوف
فالماكول ما يتاتى فيه المضغ والهشم لا الممضوغ حتى
لو ابتلع ما يتاتى فيه المضغ من غير مضغ يسمى
اكلا والمشروب ما لا يتاتى فيه ذلك فلو حلف
لا ياكل لبنا فشربه لم يحنث ولو حلف لا يشرب به
فشرب منه واكل لم يحنث والممصوص هو ما يحصل
بغير علاج اللهاة فلو حلف لا ياكل عنبا او رمانا
فمصه ورمى ثفله وابتلع ماءه لم يحنث لا في
الاكل ولا في الشرب والملفوف هو ما يتناول باللحس
بالاصبع والشفاه اذا عرف هذا رجعنا الى ما في
الكتاب فقوله فهو على ثمرها يعني اذا كانت
لها ثمرة واما اذا لم يكن فاليمين يقع على ثمنها
لانه اضاف اليمين الى ما لا يؤكل فينصرف الى ما يخرج
منه لان الحقيقة اذا تعذرت يصار الى المجاز
وما يخرج منه صالح لكونه مجازا لانه اي الاكل سبب
له اي لما يخرج منه وذكر السبب وارادة المسبب
مجاز سائغ ولكن يشترط ان لا يتغير بصنعة جديدة
لان ما يصنع من ذلك الثمر ليس يسمى فلا يحنث لو
بالنبيذ والخل والدبس المطبوخ وقيد بالمطبوخ وان
كان الدبس لا يكون الا مطبوخا احترازا عما اذا اطلق
اسم الدبس على ما يسيل من الرطب كما ذكره في بعض
المواضع من الذخيرة وغيره ولو من
حلف لا ياكل من هذا البسر فاهو وكلامه يشير الى
قاعدة هي ان اليمين اذا انعقدت على عين بوصف

Copyright © King Saud University

يدعو ذلك الوصف الى اليمين فما ذلك الوصف فنزل
منزلة الاسم فلذلك لا يحنث من حلف لا ياكل من
هذا البسر او الرطب او اللبن فتغير ذلك الوصف
بصيرورة البسر رطبا والرطب تمرا واللبن شيرازا
وهو الذي استخرج ماؤه فصار كانها لو ذبح الحائر
فان قيل فعلى هذا اذا حلف لا يكلم هذا الصبي
او هذا الشاب فكلمه بعد ما شاخ ينبغي ان لا يحنث
لان الصبي مظنة السفه والشباب شعبة من
الجنون فكانا وصفين داعيين الى اليمين وقد
زال عند الشيخوخة فكان الواجب ان لا يحنث
اجاب بقوله وهذا بخلاف ما اذا حلف لا يكلم
هذا الصبي الى اخره ووجهه ان الداعي
المذكورة تقتضي ذلك لكن الشرع اسقط اعتبارها
لانه نهى عن هجران المسلم بمنع الكلام قال صلى الله
عليه وسلم من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا فا الحديث
والمهجور شرعا كالمهجور عادة فانعقد
اليمين على الذات وهي موجودة حالة الشيخوخة
فيحنث في يمينه واعترض على دليل الكتاب
بانا سلمنا ان هجران المسلم حرام لكن الحرام يقع
محلوفا عليه كما لو قال والله لاشربن اليوم خمرا
واجيب بان الكلام في ان الحقيقة يجوز ان
تترك بهجران الشرع فيما اذا كان الكلام محتملا لها
ولما حمله امر المسلم على الصلاح واما ان
اليمين ينعقد على الحرام المحض فلا كلام فيه ومن
حلف لا ياكل لحم هذا الحمل ظاهر قال ومن حلف

لا ياكل

لا ياكل لحم هذا الحمل ظاهر قال ومن حلف لا ياكل
بسرا هذه المسئلة على اربعة اوجه اذا حلف لا ياكل
بسرا فاكل بسرا مذنبا بكسر النون وهو ما لا يبدو الا
طارف من قبل ذنبه وهو ما سفل من جانب القمع
القمع والعلاقة وتفسيره هو الذي عامته بسر
وفيه شيء من الرطب حنث في يمينه في قولهم
وكذا اذا حلف لا ياكل رطبا فاكل رطبا مذنبا وهو
الذي عامته رطب وفيه شيء من البسر حنث
في قولهم ولو حلف لا ياكل بسرا فاكل رطبا فيه شيء
من البسر حنث في قول ابي حنيفة وقالا لا يحنث
ولو حلف لا ياكل رطبا فاكل بسرا فيه شيء من الرطب
حنث عنده خلافا لهما على رواية الكتاب
وذكر في الايضاح وشرح الجامع الصغير قول محمد مع
ابي حنيفة في انه يحنث في هاتين الصورتين قال
قال صاحب النهاية والله اعلم بصحته لهما ان الرطب
المذنب يسمى رطبا فاذا حلف لا ياكل بسرا فاكل الرطب
المذنب لا للبسر فلا يحنث وكذلك بالعكس وصار
كما اذا حلف لا يشتري رطبا فاشترى بسرا مذنبا لا يحنث
وله ان الرطب المذنب ما يكون في ذنبه قليل بسر
والبسر المذنب على عكسه فيكون اكله اكل البسر والرطب
فيحنث في الصورتين وان كان احدهما غالبا والاخر
مغلوبا لان كل جزء منه مقصود بالاكل فاكله حنث بالاتفاق
وكذا اذا اكله مع غيره واستشهد بما حلف لا يشرب
هذا اللبن فصب فيه ما فشربه لم يحنث وان شرب
المحلوف عليه لزيادة واشار المصنف الى الجواب

Copyright © King Saud University

عنه بقوله فكل واحد مقصود في الاكل بخلاف
صورة اللبن فان اللبن لما صب فيه الما شاع في
في جميع اجزاء اللبن فصار مستهلكا ولهذا لو
لا يرى مكانه فلم يبق كل واحد منهما مقصودا
بالشرب وقوله بخلاف الشرا جواب
عن قياسهما صورة النزاع على الشرا وهو ظاهر
وقوله ولو حلف لا يشتري رطبا كالبيان
للمسئلة المتقدمة وهو ظاهر ومن حلف لا ياكل
لحما فاكل السمك لم يحنث والاصل فيه ان اللفظ
اذا تناول افرادا وفي بعضها نوع قصور لا يدخل
القاصر تحته ولحم السمك فيه قصور لان اللحم من
الالتحام والالتحام بالاشتداد والاشتداد
بالدم والدم في السمك ضعيف وقال المصنف لا دم
فيه فجعله بمنزلة المعدوم لكونه يسكن الماء فكان
معنى اللحم قاصرا فيه فلا يدخل تحت اللفظ المطلق
وموضعه اصول الفقه وان اكل لحم خنزير او انسان
حنث لانه لحم حقيقي الا انه حرام واليمين قد انعقد
للمنع من الحرام واعترض بان الكفارة فيها معنى
العبادة فلا تناط وجوبها بما هو حرام محض واكل
لحم الخنزير والانسان حرام محض فكيف تعلق
وجوبها به واجيب بان هذه مغالطة لان
الكفارة تجب بعد تعقيب بالحنث وقد
وجدت وكون الحنث بامر مباح او حرام لا مدخل
له في ذلك اشار الى هذا قوله واليمين ينعقد
للمنع عن الحرام وقوله وكذا اذا اكل كبدا ظاهر وقوله

ومن

ومن حلف لا ياكل من هذه الحنطة لم يحنث
حتى يقضمها والقضم الاكل باطراف الاسنان من
باب لبس وانما وضع المسئلة في الحنطة المعينة
لانه اذا عقد يمينه على اكل حنطة لا بعينها
ينبغي ان يكون الجواب على قول ابي حنيفة
كالجواب عندهما قال في النهاية هكذا ذكره
شيخ الاسلام في ايمان الاصل وهذه المسئلة
على اوجه احدها ان ينوي ان لا ياكل حبا كما هي
فاكل من خبزها او سويقها لا يحنث بالاتفاق
لانه اراد حقيقة كلامه فيتقيد اليمين بها والثاني
ان ينوي ان لا ياكل ما يتخذ منها لا يحنث باكل من
عينها كذلك والثالث ان لا يكون له نية فاكل من
خبزها لم يحنث عند ابي حنيفة خلافا لهما والوجه
من الجانبين ما ذكره في الكتاب ومبناه على
ان الحقيقة المستعملة عنده اولى من المجاز
المتعارف وعندهما بالعكس وموضعه اصول
الفقه ولو حلف لا ياكل من هذه الدقيق فاكل
خبزه حنث بالاتفاق لان عينه غير ماكول
فكانت الحقيقة متعذرة فيصار الى المجاز وهو
ما يتخذ منه ولو استفه اي اكله من غير مضغ
لا يحنث هو الصحيح وانما قال هو الصحيح احترازا
عن قول بعض مشايخنا انه يحنث لان اكل عين
الدقيق حقيقة مهجور فلما انصرفت اليمين
الى ما يتخذ منه بالعرف سقط اعتبار الحقيقة كمن
قال للاجنبية ان نكحتك فعبده حر فزنى بها لم يحنث

Copyright © King Saud University

لان يمينه لما انصرف الى المعتاد لم يتناول حقيقة الوطي
وقوله ولو حلف لا ياكل خبزا على ما ذكره م
ظاهر وطبرستان هي امل وولايتها وقيل اهلها
تبرستان لان اهلها يحاربون بالتبر وهو الفاس
فعربوه الى طبرستان وقوله ومن حلف لا ياكل
الشوا ظاهر وقوله وهذا لان التعميم
متعذر لان الدوا والمسهل مطبوخ ونحن نعلم انه لم يرد
ذلك فيصرف الى خاص هو متعارف وهو اللحم المطبوخ
بالما قالوا وقيد بقوله بالماء لان القلية اليابسة لا يسمى
مطبوخا فلا يحنث باكلها ومن حلف لا ياكل الروس
فيمينه على ما يكبس في التنانير اي تطم به التنور
يعني يدخل فيه من كبس الرجل راسه في جيب
قميصه اذا ادخله فيه ويباع في المصر لان راس
المراد راس حقيقة وليس بمراد فيصرف الى المجاز
المتعارف وفسره في الجامع الصغير على ما ذكر في م
الكتاب واعترض على هذا بان لحم الانسان والخنزير
لا يباع في الاسواق ومع ذلك يحنث بالاكل اذا
حلف لا ياكل لحما واجيب بما حاصله الفرق بان م
الراس غير ماكول بجميع اجزائه لان منها العظم
فكانت الحقيقة متعذرة فيصار الى المجاز المتعارف
وهو ما يكبس في التنانير ويباع في الاسواق م
واما اللحم فيوكل بجميع اجزائه فكانت الحقيقة ممكنة
فبذلك فيحنث باكل لحم الانسان والخنزير فان
قلت الحقيقة ان لم تكن متعذرة فهي
مهجورة شرعا والمهجور شرعا كالمهجور عادة وفي

المهجور

المهجور شرعا يصار الى المجاز كما في المهجور عادة و
قلت المهجور شرعا هو الذي لا يكون شي
من افراده معمولا به كما حلف على ترك كلام الصبي
وههنا ليس كذلك فان قيل سلمنا ذلك
لكن لا يطرد في الشرا فان الراس يشترى بجميع
اجزائه فلم يكن الحقيقة متعذرة اجيب
بان من الروس ما لا يجوز اضافة الشرا اليه كراس
النمل والذباب والادمي فكانت متعذرة ومن حلف
لا ياكل فاكهة فاكل عنبا او رمانا او رطبا او قثا
او خيارا لم يحنث وان اكل تفاحا او بطيخا او مشمشا
حنث وهذا عند ابي حنيفة وقالا حنث في
العنب والرطب والرمان ايضا يعني لا في القثا
وكانت المسئلة على ثلاثة اوجه في وجه
يحنث بالاتفاق وهو ان يقع يمينه على ثمر
كل شجر سوى العنب والرطب والرمان ويستوي
في ذلك الرطب واليابس وفي وجه لا يحنث
بالاتفاق وهو ان ياكل الخيار والقثا لانه يوكل
البقول وفي وجه اختلفوا فيه وهو العنب
والرطب والرمان اذا لم يكن له نية وكلامهم
ظاهر الا ما نذكره فقوله زيادة على المعتاد اي على
الغذا الاصلي حتى يسمى فاكهة والمزاح فكاهة لوجود
زيادة التنعم فيهما وقوله والرطب واليابس
فيه سوا يعني اذا كان فاكهة لا فرق فيه بين رطبه
ويابسه ويابس هذه الاشيا لا تعد فاكهة فينبغي
ان يكون رطبها كذلك وقوله لانهما

Copyright © King Saud University

من البقول تماما فان بايع البقول هو الذي يبيعها لا غيره
واما الكلاء فانهما يوضعان على المواضع حيث يوضع
المضاع والبصل وقوله ان هذه الاشيا انما ينفرد
بها بمعنى العنب والرطب ويتداوى بها يعني الرمان
ونحوها كان اليابس منهما من التوابل كيابس الرمان
او من الاقوات كيابس العنب فالتوابل جمع التابل
بفتح الباء والتاء وكسرها والاصل في هذا الجنس
ان اللفظ اذا اطلق على افراد في بعضها دلالة
على زيادة معنى ليس في مفهوم استقامة لم يتناول
كما تقدم في صورة المقصات في اللحم قال ولو حلف
لا ياتدم فكل شي اصطبغ به فهو ادام اصطبغ به فهو
ادام اصطبغ على بنا المفعول كذا كان مقيدا
بخط الثقات وهو افتعل من الصبغ ويقال
اصطبغ بالخل ولا يقال اصطبغ الخبز بالخل ولو حلف
لا ياتدم اي لا ياكل اداما فكل شي اصطبغ به فهو ادام
ولا ينعكس فالخل والزيت واللبن والزبد والملح
ادام والشوا ليس بادام وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف في رواية الاصل وقال محمد ما يوكل
مع الخبز غالبا فهو ادام وهذا رواية ابي يوسف
وحاصل ذلك على ثلاثة اوجه ما يصطبغ به فهو
ادام بالاتفاق والبطيخ والعنب والتمر واشباهها مما
يوكل وحده غالبا ليس بادام بالاتفاق وفي اللحم
والبيض والجبن اختلاف فعندهما ليس بادام خلافا
لمحمد ان الادام من المواد مة وهي الموافقة وكل ما يوكل
مع الخبز موافق له كاللحم والبيض ونحوه ولهما ان

الادام

Copyright © King Saud University